



DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM DIREITO

VERTENTE: CIÊNCIAS JURÍDICO-PROCESSUAIS

**TRABALHOS A MAIS NO ÂMBITO DO CONTRATO DE EMPREITADA DE
OBRAS PÚBLICAS EM PORTUGAL E NA ACTUALIDADE.**

Autor: Sara Filipa Carlos de Jesus.

Orientador: Professor Doutor Luís Catarino.

Julho de 2013

Lisboa

DEDICATÓRIA:

Quero dedicar esta dissertação ao meu pai pela ajuda e pelo apoio incondicional.
O mais sincero obrigado.

AGRADECIMENTOS:

Quero agradecer a todos aqueles que de forma directa ou indirecta apoiaram e contribuíram para a concretização desta dissertação, em especial à minha família principalmente aos meus pais, a uma pessoa muito especial, amigos, colegas, ao meu orientador, professores e à Universidade Autónoma de Lisboa.

O mais sincero obrigado.

EPÍGRAFE:

No geral este trabalho reflecte sobre a entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, dando ênfase às razões subjacentes à sua emanação, às principais novidades por ele introduzidas, à sua estrutura e às suas linhas orientadoras tendo em conta o direito comunitário na conformação das relações jurídicas contratuais públicas, visando a uniformização do regime jurídico aplicável aos contratos públicos no mercado europeu.

O direito nacional teve de acompanhar as exigências comunitárias a este nível, adaptando o seu ordenamento jurídico aos princípios e directivas comunitárias.

Este trabalho pretende fazer uma comparação e análise objectiva e directa do antigo regime jurídico e do actual Código dos Contratos Públicos (Decreto - Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro), em Portugal, e na actualidade, mais especificamente os contratos de empreitada de obras públicas e dentro desta matéria os trabalhos a mais.

Não há dúvida de que as empresas de obras públicas têm um peso relevante na atribuição de verbas provenientes do Orçamento Geral do Estado cujo controlo deve ser encarado como uma parte importante das despesas públicas e consequentemente no objectivo primordial do saneamento das finanças públicas através de mecanismos públicos que imponham rigor no controlo da despesa pública.

Além disso, a celebração de contratos públicos, pelo menos em relação àqueles com maior valor económico, deixou de ser um assunto meramente interno dos Estados, passando a adquirir uma dimensão comunitária e internacional, decorrente do movimento da globalização da economia e da dissolução das fronteiras físicas, jurídicas e técnicas operada no seio da Comunidade Económica Europeia, com vista à concretização do mercado interno e da União.

O Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, que aprovou o regime do contrato administrativo de empreitada de obras públicas surgiu pela necessidade de se proceder a uma revisão global do Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro, visto que este último diploma não contemplava, de forma adequada as medidas relativas à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas adoptadas pela Directiva n.º 93/37/CE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993 e por outro lado, era igualmente necessário proceder à

transposição da Directiva n.º 97/52/ CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997.

Daí que, é de considerar oportuno elaborar o presente trabalho por diversas ordens de razão, nomeadamente as inconsistências entre os objectivos propugnados nos preâmbulos dos diplomas mencionados e aspectos substantivos neles incorporados.

Assim sendo, este estudo está estruturado para se focar numa parte muito importante da contratação pública com grande actualidade: os designados trabalhos a mais.

Este trabalho vai debruçar-se sobre os trabalhos a mais, dando destaque inicial a uma breve explicação sobre o que são contratos públicos e especificamente o que é um contrato de empreitada, passando de imediato para o esclarecimento e análise dos trabalhos a mais focando o facto de o novo diploma, na linha de continuidade do anterior regime jurídico instituído pelo Decreto-Lei n.º59/99 destacar, no seu preâmbulo, que em relação às peças do procedimento de formação de contratos se definirem nas cláusulas dos cadernos de encargos, parâmetros base, a que as propostas estão vinculadas, enfatizando o preço a pagar pelo adjudicante.

Considero que o estudo dos trabalhos a mais é importante porque é à partida um procedimento de contratação de empreitadas de obras públicas e prestação de serviços ao sector público, que normalmente colide com o objectivo de um controlo rigoroso dos custos das empreitadas de obras públicas.

RESUMO EM PORTUGUÊS:

Esta dissertação de tese de mestrado tem como principal objectivo uma comparação de diplomas legais com o actual Código dos Contratos Públicos em Portugal e na actualidade ao nível da contratação pública, mais especificamente nos trabalhos a mais.

Pretende-se estudar e analisar o que é a contratação pública, a sua evolução, os princípios aplicáveis e essencialmente o que são contratos públicos, mais especificamente e com especial relevância o contrato de empreitada de obras públicas.

Este trabalho pretende essencialmente ser um contributo na análise da questão dos trabalhos a mais no âmbito do contrato de empreitada.

A opção pela análise do tema “*trabalhos a mais*” tem a ver com o facto de o novo diploma, na linha de continuidade do anterior regime jurídico instituído pelo Decreto-Lei n.º59/99 destacar, no seu preâmbulo, que em relação às peças do procedimento de formação de contratos se definirem nas cláusulas dos cadernos de encargos, parâmetros base, a que as propostas estão vinculadas, enfatizando o preço a pagar pelo adjudicante. Assim, lê-se “*A este propósito merece especial destaque a figura do preço base, definido como o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato a celebrar*”. Esta definição, por si só, revela a intenção do legislador em definir um preço máximo que a entidade adjudicante deveria pagar pela prestação de todos os serviços incluídos no objecto de qualquer contrato, no entanto, ao definir os trabalhos a mais como aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato, com alguma carga subjectiva e, caracterizando os respectivos montantes limites, acaba por subverter a eficácia do tecto financeiro subjacente ao preço base.

Para além disso, vai-se proceder a uma análise do que é a contratação pública, do que são contratos públicos, a diferença entre contratos administrativos e contratos públicos e a diferença entre contrato de empreitada civil e contrato de empreitada de obras públicas.

RESUMO EM INGLÊS:

This thesis dissertation has as main objective a comparison of legislation, i.e. the current code on public procurement in Portugal and at present the level of work more under contract.

It is intended to study and analyze what is procurement, import trends, the principles applicable and essentially what are procurement, more specifically and with particular relevance to the contract.

This work is intended as a contribution to the analysis of the issue of the work under the contract.

The option for the analysis of the theme "extra works" has to do with the fact that the new diploma, in the line of continuity of the previous legal regime imposed by Decree Law nº 59/99 highlight, in its preamble, which is in relation to parts of the procedure of formation of contracts shall be defined in terms of specifications, basic parameters, to which the proposals are bound, emphasizing the price payable by contracting.

Thus, we read "in this regard deserves special mention the figure of the basic price, defined as the maximum price that the contracting entity is prepared to pay for the execution of all the benefits that are the subject of the contract to be concluded". This setting, by itself, shows the intention of the legislature to define a maximum price that the contracting authority should pay for the provision of all services included in the subject of any contract, however, defining the extra works as those whose species or quantities are not provided for in the contract, with some load of subjectivity and characterizing the respective amounts limits, ends up undermining the effectiveness of the financial ceiling underlying the basic price.

Furthermore, goes up undertake an analysis of what is the procurement of public contracts and that are the difference between administrative and procurement contracts and the difference between contract and civil contract of public works.

ÍNDICE/ SUMÁRIO:

Capítulo 1- CONTRATOS PÚBLICOS.

1- Evolução histórica.....	Pág. 11
2- Instituto da Construção e do Imobiliário antigo Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (IMOPPI).....	Pág. 13
3 - Os principais princípios aplicáveis à contratação pública.....	Pág. 17
4- Conceito de contratação pública e diferença entre contratos públicos e contratos administrativos.....	Pág. 18
5- Relevância da Contratação pública e Contratos Públicos.....	Pág. 21
6 -Âmbito de aplicação da Contratação Pública (CCP).....	Pág. 22
6.1-Aplicação subjectiva das regras da Contratação Pública previstas no Código dos Contratos Públicos.....	Pág. 23
7 – Âmbito de aplicação objectiva.....	Pág. 24
8- Tipos de procedimentos de contratação.....	Pág. 26
9- Direito da União Europeia. A modificação dos contratos públicos.....	Pág. 29
10 - Última alteração ao Código dos Contratos Públicos.....	Pág. 30

Capítulo 2 – O CONTRATO DE EMPREITADA.

1- Definição de contrato de empreitada (direito civil) e de contrato de empreitada de obras públicas (direito público).....	Pág. 32
1.1 – Forma do contrato de empreitada.....	Pág. 33
1.2 – Formação do contrato de empreitada.....	Pág. 33
1.3 – Capacidade e Legitimidade das partes.....	Pág. 34
2 – Efeitos do contrato de empreitada.....	Pág. 35
2.1 – Direitos do dono da obra.....	Pág. 35
2.1.1 – Aquisição e recepção da obra.....	Pág. 35
2.1.2 – Fiscalização da obra.....	Pág. 35
3 – Deveres do dono.....	Pág. 37
4 – Direitos do empreiteiro – A recepção do preço e o direito de retenção.....	Pág. 39
5 – Deveres do empreiteiro.....	Pág. 42
5.1.1 – Realização da obra.....	Pág. 42

5.1.2 – Fornecimento de materiais e utensílios.....	Pág. 43
5.1.3 – Guarda e conservação da coisa.....	Pág. 43
5.1.4 – Entrega da coisa.....	Pág. 44
6- Vicissitudes do contrato de empreitada.....	Pág. 44
6.1- Alterações ao plano convencionado.....	Pág. 44
6.2- Alterações da iniciativa do empreiteiro.....	Pág. 44
6.3 - Alterações necessárias.....	Pág. 45
6.4 - Alterações exigidos pelo dono da obra.....	Pág. 45
6.5 – Alterações posteriores à entrega e obras novas.....	Pág. 45
7 - Extinção do contrato de empreitada.....	Pág. 46
7.1 - A impossibilidade de cumprimento e o risco pela perda ou deterioração da obra..	Pág. 46
7.2 – Desistência do dono da obra.....	Pág. 47
7.3 – Morte ou incapacidade do empreiteiro.....	Pág. 47

Capítulo 3 - TRABALHOS A MAIS NO ÂMBITO DO CONTRATO DE EMPREITADA DE OBRAS PÚBLICAS.

1- Contrato de empreitada de obras públicas.....	Pág. 47
1.1 – Principais alterações no actual regime jurídico (CCP).....	Pág. 47
2 - A importância e a evolução histórica dos trabalhos a mais a nível nacional.....	Pág. 49
3 - Definição e regime jurídico dos trabalhos a mais.....	Pág. 53
4- Comparação entre o antigo e o actual regime dos erros e omissões.	Pág. 59
4.1 - Erros e omissões. O caderno de encargos. O preço base.....	Pág. 61
4.2 – Erros e omissões: o caderno de encargos; o preço base no contrato de empreitada de obras públicas.....	Pág. 62
4.3 - Execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões.....	Pág. 65
4.4 - Preço e prazo de execução dos trabalhos de suprimento de erros e omissões.....	Pág. 65
5 - Requisitos materiais dos trabalhos a mais.....	Pág. 67
6 – Execução dos trabalhos a mais.....	Pág. 67
7- Preço a pagar pelos trabalhos a mais e respectivo prazo.....	Pág.70
8 – Interpretação e aplicação dos procedimentos relativos à execução de trabalhos a mais.....	Pág.72
8.1 – Âmbito de aplicação de custos das empreitadas de obras públicas.....	Pág. 72
9 – Fiscalização.....	Pág. 76

9.1 - Fiscalização prévia dos contratos públicos e a compensação dos trabalhos a mais com trabalhos a menos – 1.ª Secção do Tribunal de Contas.....	Pág. 76
10 – A aplicabilidade do regime geral da modificação dos contratos administrativos às Empreitadas de Obras públicas.....	Pág. 79
10.1 - A subsidiariedade do regime geral: Enquadramento.....	Pág. 79
10.2 -As duas modalidades de modificação objectiva da empreitada de obras públicas. Pág.	81
10.2.1- O modelo dualista da transposição das obras complementares.....	Pág. 81
11- Análise de Jurisprudência.....	Pág. 83

Capítulo 4 – CONCLUSÕES.

BIBLIOGRAFIA.

Capítulo 1- CONTRATOS PÚBLICOS.

1- Evolução histórica.

No princípio do século XX, as empreitadas e os fornecimentos de obras públicas eram regulados pelas cláusulas e condições gerais aprovadas por Decreto de 9 de Maio de 1906.

Em 1969 foi promulgado o Decreto-Lei n.º 48871, em 19 de Fevereiro, face à experiência colhida na longa vigência do diploma pioneiro na regulamentação jurídica da contratação pública. O grande desenvolvimento verificado nas obras públicas e na indústria, e a evolução entretanto operada na doutrina, demonstraram a necessidade de alterações que não poderiam limitar-se a uma mera actualização normativa.

Assim, decidiu o Governo do Prof. Marcello Caetano proceder à elaboração deste diploma tratando todos os aspectos do contrato de empreitada de obras públicas, para o que teve o aconselhamento de uma comissão técnica onde, a par dos serviços dos Ministérios das Obras Públicas e das Comunicações, estiveram representados a Ordem dos Engenheiros e o Grémio Regional dos Industriais de Construção Civil e Obras Públicas do Sul.

Praticamente no final do século XX, surgiu o Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 Dezembro, que regula o regime jurídico das empreitadas de obras públicas. Não contemplava contudo, de forma adequada, as medidas relativas à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas adoptadas pela Directiva n.º 93/37/CEE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993.

Por outro lado, constatou-se que o regime legal então em vigor carecia de outras alterações, em ordem à melhor regulação do mercado de obras públicas, no sentido de tornar mais rigoroso e transparente todo o processo de concurso.

Assim, foi criado, no âmbito dos Ministérios das Finanças, do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território e da Justiça, um grupo de trabalho com a finalidade de proceder à adequada transposição da Directiva n.º 93/37/CE, tendo-se posteriormente determinado a alteração legislativa global do regime jurídico das empreitadas de obras públicas.

Surge assim, o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, publicado no Diário da República n.º 51, I Série – A de 1999. Este diploma legal, surge no âmbito de uma revisão global após longa preparação e no decurso da qual foram ouvidas múltiplas e variadas entidades com experiência reconhecida neste sector, tendo sido colhidas sugestões efectuadas, bem como testadas algumas soluções aí previstas.

O Decreto-Lei n.º 59/99 de, 2 de Março, apresenta inovações resultantes de imperativos do direito comunitário e de exigências de sistematização do direito interno, com vista à criação de um sistema coerente com as restantes medidas legislativas levadas a cabo no sector das obras públicas, traduzidas no novo diploma que regula o acesso e permanência na actividade de empreiteiro de obras públicas e industrial de construção civil e na criação de um novo instituto público regulador deste sector.

Para além da adequação da transposição da Directiva n.º 93/37/CE, o Decreto-lei n.º 59/99 de, 2 de Março, procedeu também à transposição da Directiva n.º 97/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997.

O Decreto-Lei n.º 59/99 de, 2 de Março, trouxe algumas alterações importantes ao regime anterior (Decreto-Lei n.º 405/93 de 10 de Dezembro), nomeadamente:

- Alargamento do âmbito de aplicação a outras entidades (Artigo 2.º e 3.º);
- Não aplicação ao contrato de fornecimento de obras públicas (regem-se pelo Decreto-Lei n.º 197/99 de, 8 de Junho, - Artigo 1.º n.º 3);
- Aumento do limite do montante para realização necessária de concurso público. O limite a partir do qual é obrigatória a realização de concurso público passa de 20 000.000\$00 para 25 000.000\$00 (Artigo 48º, na redacção dada pela Lei n.º 163/99, de 14 de Setembro);
- Aumento das exigências de publicidade comunitária (Artigo 52.º);
- Clarificação dos requisitos para admissão a concurso (Artigos 67.º a 69.º);
- Separação entre a fase de qualificação de concorrentes e a de análise das propostas (Artigo 59.º);
- Criação de duas comissões de acompanhamento: a de abertura do concurso e a de análise das propostas (Artigo 60.º);
- Esclarecimento da questão de exigibilidade de audiência prévia nos procedimentos adjudicatórios de empreitadas de obras públicas (Artigo 101.º);
- Alteração aos regimes de garantia dos contratos:
 - Substituição da caução pela retenção de 10% (obras inferiores a 5 000 contos);
 - Aumento da caução, até 30% em casos excepcionais;
 - Substituição da caução por seguro adequado;
 - Manutenção da caução por cinco anos (prazo de garantia) - (Artigos 112.º, 113.º e 226.º);

- Identificação dos trâmites processuais dos concursos limitados com e sem publicação de anúncio (Artigo 121.º a 132.º);
- Novas disposições relativas ao controlo de custos de obras públicas - por exemplo: restrição da possibilidade de execução de trabalhos a mais, erros ou omissões e criação de mecanismos de controlo das condições em que podem ser autorizados (Artigos 45.º e 46.º);
- Adiamento da data de restituição da caução - passou de um ano após a recepção provisória para depois da recepção definitiva (Artigo 229.º);
- Controlo de disposições sobre higiene, saúde e segurança no trabalho (Artigo 62.º n.º 6 e 149.º);
- Maior rigor no processo de qualificação das empresas em articulação com a desburocratização na certificação de requisitos nos processos de concurso (Artigo 69.º);
- Criação de normas reguladoras do contrato de concessões de obras públicas e de Subempreitada (Interdição de subempreitar trabalhos ou partes da obra superiores a 75% - Artigo 243.º a 252.º);
- Criação de normas reguladoras do contrato de subempreitada (Artigo 265.º a 272.º).

2 - Instituto da Construção e do Imobiliário, antigo Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (IMOPPI).

Foi criado o IMOPPI, um instituto público dotado de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira e património próprio, pelo Decreto-Lei n.º 60/99, de 2 de Março, que extinguiu o Conselho de Mercados de Obras Públicas e Particulares (CMOPP) que surge em 1998 através do Decreto-Lei n.º 99/88, de 29 de Março, como um organismo que se caracterizava pela autonomia administrativa, na dependência do ministro responsável pela política geral de obras públicas, e foram-lhe atribuídas funções até então na dependência de outros organismos. A sua criação foi impulsionada pela reestruturação de todo o sistema de inscrição e classificação das empresas no sector das obras públicas, com a publicação do Decreto-Lei n.º 100/88, de 29 de Março, onde, pela primeira vez, foi tratado de forma autónoma o regime de inscrição, modificação, suspensão, cassação e cessação de um alvará, definindo as condições e requisitos necessários à sua obtenção e manutenção.

Para além das competências daquele Conselho na atribuição de alvarás e concessão de licenças ficou o IMOPPI dotado de importantes atribuições no acompanhamento da

aplicação das normas que disciplinavam as empreitadas de obras públicas, incluindo o cumprimento das obrigações comunitárias do sector.

A capacidade inspectiva do IMOPPI encontrava-se descrita no artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 60/99, de 2 de Março e os poderes de autoridade (por exemplo: requisitar para análise equipamentos e documentos) - Artigo 25.º do mesmo diploma.

Voltando, ainda, ao artigo 46.º do Decreto-Lei n.º 59/99, lia-se que o IMOPPI submeteria semestralmente aos Ministros das Finanças e da sua tutela um relatório fundamentado sobre a aplicação das medidas de controlo de custos das empreitadas de obras públicas.

Por outro lado, previa-se a aplicação das medidas de controlo de custos seriam objecto de acções inspectivas ordinárias anuais, a realizar por entidades competentes aprovadas pelos ministros das tutelas, bem como do regular acompanhamento pelo IMOPPI, sem prejuízo, de disposições legais aplicáveis (Artigo 5.º e 25.º do Decreto-Lei n.º 60/99, de 2 de Março).

Na minha opinião, o legislador através do texto do ponto 1 do artigo 46.º deveria ter definido de forma clara os intervalos de tempo entre acções inspectivas do IMOPPI no acompanhamento do plano de execução das diversas empreitadas de obras públicas, para incutir maior eficácia por parte daquele instituto, na aplicação das normas disciplinares e, obter uma fundamentação mais rigorosa sobre os aspectos técnicos e financeiros a incorporar nos relatórios semestrais a submeter aos Ministros das Finanças e da sua tutela.

Deveria também ter ficado definido, de forma clara, o âmbito das acções inspectivas ordinárias anuais por parte das entidades competentes aprovadas pelos ministros das diferentes tutelas, como salvaguarda da não sobreposição de funções entre essas entidades e o IMOPPI. Assim diminuiria o risco de diluição de responsabilidades que habitualmente aparece associado a este tipo de situações.

Ainda sobre a periodicidade das intervenções do IMOPPI, como forma de garantia da eficaz aplicação das medidas de controlo de custos, considero que o antigo regime administrativo de empreitadas de obras públicas deveria ter explicitado esta questão, com base na duração, no custo, na natureza e complexidade dos diferentes tipos de obras.

De facto, para além do prazo semestral sobre a apresentação de relatório fundamentado sobre a aplicação das medidas de controlo de custos por parte do IMOPPI, aquele diploma apenas definia, igualmente, de forma clara, o prazo de dez dias úteis para a apresentação por parte dos donos de obra ao IMOPPI de cópias de todos os elementos justificativos do valor acumulado de trabalhos a mais (Art.º 46.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março), bem como dos estudos efectuados pelas entidades externas e

independentes, nos casos em que aquele valor excedesse 15% do valor do contrato de empreitada, ou fosse igual ou superior a um milhão de contos.

Finalmente, para terminar a minha análise sobre a avaliação das medidas de controlo de custos consignadas no Decreto-Lei n.º 59/99, queria referir a falta de critério a utilizar na intervenção das entidades competentes aprovadas pelo ministro que superintendesse, quando o prazo de execução da empreitada fosse inferior a um ano, visto que, o diploma apenas se referia às acções inspectivas ordinárias anuais e à eventual ineficácia da actuação do IMOPPI nas empreitadas, com prazo de execução inferior a seis meses, uma vez que, aquele instituto era apenas obrigado a apresentar relatório fundamentado sobre a aplicação das medidas de controlo de custos aos Ministros das Finanças e da sua tutela, com uma periodicidade semestral.

No meu entender, quando as obras tivessem uma duração inferior a um ano, poderia acontecer que se procedesse à respectiva recepção provisória, sem terem sido alvo de inspecção ordinária. E nos casos em que as empreitadas tivessem duração inferior a seis meses, o relatório de controlo de custos a emitir para o Ministério das Finanças seria à partida extemporâneo porque já teria eventualmente ocorrido o fecho de contas.

Actualmente, o IMOPPI foi substituído pelo Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., (InCI, I.P.),¹ organismo que nos seus diversos estádios de evolução já conta com meio século de existência e que teve, cronologicamente, a sua origem na Comissão de Inscrição e Classificação dos Empreiteiros de Obras Públicas (CICEOP), posteriormente redenominada de Comissão de Inscrição e Classificação dos Empreiteiros de Obras Públicas e dos Industriais da Construção Civil (CICEOPICC), que funcionava sob a presidência do Conselho Superior das Obras Públicas (CSOP).

Foi autonomizada e surgiu como Conselho de Mercados de Obras Públicas e Particulares (CMOPP), 7 anos depois, foi transformado em instituto público, o Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário (IMOPPI), recentemente reestruturado e redominado de InCI, I.P..

Ora, as duas actuais Comissões Especializadas existentes no InCI, I.P., tiveram a sua origem no CMOPP, devendo reconhecer-se que as novas exigências do mercado aliadas aos imperativos de modernização da Administração Pública, com a redefinição organizacional das estruturas e dos recursos, determinaram não só a alteração da denominação do Instituto, (InCI, I.P.), como, sobretudo, a sua missão.

¹ Disponível em <http://www.inci.pt>.

Um Instituto orientado para a melhoria da competitividade e sustentabilidade das empresas do sector, e tendo em vista a defesa do consumidor, que se pauta por uma gestão por objectivos devidamente quantificados e por uma avaliação periódica em função dos resultados, pela eficiência na utilização dos recursos disponíveis, pela observância dos princípios gerais da actividade administrativa e pela transparência e prestação pública de contas da sua actividade.

Em Portugal, a contratação pública assumiu um papel normativo mais importante após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, que aprovou o Código dos Contratos Públicos (CCP), o qual estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.

Trata-se do primeiro diploma com um duplo objectivo no ordenamento jurídico português, assumindo-se, por isso, como um importante marco histórico na evolução do direito administrativo nacional e, em especial, no domínio da actividade contratual da Administração. Para além do objectivo de alinhamento com as mais recentes directivas comunitárias que transpôs, o CCP procede ainda a uma nova sistematização e a uma uniformização de regimes substantivos dos contratos administrativos que se encontravam dispersos no nosso ordenamento jurídico até àquela data.

“Em primeiro lugar, o CCP procedeu à transposição das Directivas números 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, alteradas pela Directiva n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro, e rectificadas pela Directiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 16 de Novembro.

Mas a propósito do cumprimento desta obrigação comunitária, o CCP criou um conjunto homogéneo de normas relativas aos procedimentos pré-contratuais públicos, pelo que o seu conteúdo foi para além da mera reprodução das regras constantes das referidas directivas. Na verdade, o CCP envolve não só a transposição e concretização dessas regras, na medida em que o legislador comunitário reservou para o legislador nacional, em vários domínios, uma margem de livre decisão (que importa exercer, nuns casos, rompendo com as práticas do passado que não justificavam ou careciam de ajustamentos), mas também a regulação de todos os procedimentos que não se encontram abrangidos pelos âmbitos objectivo e subjectivo das directivas, mas que não deixam, por isso, de revestir a natureza de procedimentos pré-contratuais públicos – pelo que devem beneficiar de um tratamento legislativo integrado.

Em segundo lugar, o CCP desenha também uma linha de continuidade relativamente aos principais regimes jurídicos actualmente em vigor (em especial, os Decretos-Leis n.ºs

59/99, de 2 de Março, 197/99 de 8 de Junho, e 223/2001, de 9 de Agosto, que têm constituído matriz da contratação pública portuguesa nos últimos anos), de forma a garantir a segurança e estabilidade jurídica aos operadores económicos.”²

3 - Os principais princípios aplicáveis à contratação pública.

O principal desiderato da transposição das Directivas Europeias foi a promoção de regras de concorrência mais eficientes, com maior transparência e igualdade.

Assim, o Código dos Contratos Públicos, nos termos do n.º 4 do seu art.º 1º, introduziu três princípios aplicáveis à contratação pública:

1. *Princípio da Transparência*: todas as condições essenciais do contrato que se pretendam celebrar devem estar definidas previamente à abertura do procedimento e ser dadas a conhecer a todos os interessados a partir da data de abertura. Este princípio “exige que as decisões tomadas pelos condutores dos procedimentos pré-contratuais sejam explicitadas e devidamente fundamentadas, de modo a surgirem como lógicas, racionais e, tanto quanto possível, incontroversas, para todos os intervenientes. O artigo 315.º do Código dos Contratos Públicos concretiza o princípio numa *obrigação de transparência* que a lei faz impender sobre o contraente público, e impõe a publicação na *internet* de qualquer acordo com o co-contraente que implique modificação objectiva do contrato e represente um valor acumulado superior a quinze por cento do preço contratual.”³

Este princípio foi fomentado também pela regra da desmaterialização total e obrigatória dos procedimentos pré-contratuais.

O art.º 38.º do Código dos Contratos Públicos expressa uma consequência do princípio da transparência no que respeita à escolha dos procedimentos a adoptar, determinando que esta deve ser devidamente fundamentada. O art.º 49 consagra uma outra consequência deste princípio, incorporando um conjunto detalhado de exigências relativas às especificações técnicas admissíveis nos cadernos de encargos.

2. *Princípio da Igualdade*: impõe o tratamento igual de todos os interessados na adjudicação de um contrato público que se encontrem em condições idênticas relativamente à capacidade de execução da empreitada. Este princípio encontra-se consagrado no artigo 1.º,

² Preâmbulo do Decreto – Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro de 2009.

³ CAUPERS, João, *Introdução ao Direito Administrativo*. 10.º ed. Âncora Editora, 2009, ISBN 978-972-78-2460-3, p. 295.

n.º 4 do Código dos Contratos Públicos e é um princípio fundamental da Constituição da República Portuguesa, que para João Caupers é “aplicável, designadamente à actividade administrativa pública” e que “impõe um tratamento equalitário de todos os interessados na adjudicação de um contrato público que se encontrem em condições objectivamente idênticas relativamente à capacidade de execução das prestações contratuais.”

3. *Princípio da Concorrência*: deve garantir-se o mais amplo acesso aos procedimentos dos interessados em contratar. Utilização de mecanismos mais rigorosos, como por exemplo, o modelo de avaliação das propostas. Este princípio visa aumentar a qualidade das propostas e baixar os respectivos custos procurando dessa forma um melhor resultado financeiro. João Caupers “recomenda que todas as disposições aplicáveis à contratação pública sejam interpretadas e aplicadas no sentido mais favorável à participação nos procedimentos pré-contratuais do maior número de interessados, evitando-se exclusões por motivos meramente formais.

4 - Conceito de contratação pública e diferença entre contratos públicos e contratos administrativos.

O regime de contratação pública é aplicável à formação dos contratos públicos, que independente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes e tenham por objecto as prestações típicas referidas no n.º 1 do art.º 6º do Código dos Contratos Públicos, ou seja:

- a) Empreitada de obras públicas
- b) Concessão de obras públicas;
- c) Concessão de serviços públicos;
- d) Locação ou aquisição de bens móveis;
- e) Aquisição de serviços, e outros contratos submetidos à concorrência (só entidades adjudicantes referidas no n.º 1 do art.º 2º do CCP).

Nos termos do art. 4º do CCP são excluídos do seu âmbito:

- a) Contratos de direito internacional (n.º 1);
- b) Contratos administrativos de provimento e contratos individuais de trabalho [alínea a) do n.º2];

c) Contratos de doação de bens móveis a favor de qualquer entidade adjudicante [alínea b) do n.º2];

d) Contratos de compra e venda, de doação, de permuta e de arrendamento de bens imóveis ou contratos similares [alínea c) do n.º2];

e) Contratos relativos à aquisição de programas destinados à emissão por parte de entidades de radiodifusão ou relativos a tempos de emissão [alínea d) do n.º2].

Assim, nos termos do n.º 1 do artigo 407.º do CCP entende-se por concessão de obras públicas, o contrato pelo qual um particular se encarrega de executar, ou de conceber e executar, uma obra pública, adquirindo como contrapartida, o direito de a explorar, eventualmente recebendo um preço.

Deste modo, um contrato público é aquele que é celebrado pelas entidades adjudicantes previstas no artigo 2.º do CCP, independentemente da sua designação e natureza (pública ou privada).

Nos termos do n.º 1 do artigo 407.º do CCP entende-se por concessão de obras públicas, o contrato pelo qual um particular se encarrega de executar, ou de conceber e executar, uma obra pública, adquirindo como contrapartida, o direito de a explorar, eventualmente recebendo um preço.

Assim sendo, contrato público é aquele que é celebrado pelas entidades adjudicantes previstas no art.º 2 do CCP, independentemente da sua designação e natureza (pública ou privada).

Decorre do n.º 1 do artigo 16.º do CCP cinco tipos de procedimentos de formação de contratos públicos:

- a) Ajuste Directo;
- b) Concurso Público;
- c) Concurso Limitado por Prévia Qualificação;
- d) Procedimento de Negociação;
- e) Diálogo Concorrencial.

Quanto à escolha do procedimento pré-contratual, o Código dos Contratos Públicos fixa os seguintes tipos de critérios: valor do contrato com liberdade de escolha entre o ajuste directo, concurso público e concurso limitado por prévia qualificação – Regra Geral de Escolha do Procedimento; critérios materiais (artigo 23.º do Código dos Contratos Públicos) outras regras de escolha de procedimento. Escolha em função do tipo de contrato (artigo 31.º

do Código dos Contratos Públicos), da entidade adjudicante (artigo 32.º do Código dos Contratos Públicos) e escolha de procedimento para a formação de contratos mistos (artigo 33.º do Código dos Contratos Públicos).

Segundo Sérgio Correia “na doutrina administrativa de várias nacionalidades (francesa, alemã, portuguesa, por ex.), as expressões surgem frequentemente como sinónimos).

No Código dos Contratos Públicos Português (CCPP de 2008), as expressões ganharam sentido distinto por força da transposição de directivas da UE:

- Contratos públicos: «... todos aqueles que, independentemente da sua designação e natureza, sejam celebrados por entidades adjudicantes» (autoridades contratantes) (art. 1.º, 2, CCPP).

Função desta categoria: delimitação dos contratos submetidos à «contratação pública».

Assim conclui-se através da leitura do artigo 1.º, n.º 2 do Código dos Contratos Públicos que a contratação pública refere-se à fase de formação dos contratos públicos que se inicia com a decisão de contratar e termina com a celebração do contrato.

O artigo 2.º do Código dos Contratos Públicos demarca em função de diversos critérios o universo das entidades adjudicantes de contratos públicos.

Os contratos públicos são aqueles que são celebrados pelas entidades adjudicantes previstas no Código dos Contratos Públicos, independentemente da sua designação (por exemplo: protocolo, acordo, etc.) e da sua natureza (pública ou privada).

- Contratos administrativos: são aqueles que, tendo pelo menos como uma das partes um contraente público, correspondam a um ou mais índices de administratividade substantiva (CCPP, art. 1.º, n.º 6)⁴.” Para Sérgio Correia, administração é a relação jurídica disciplinada em termos específicos de direito administrativo entre pessoas colectivas da administração ou entre a administração e os particulares. Em consonância com estas noções, serão administrativos aqueles contratos celebrados por administrações públicas que tiveram na lei uma regulamentação específica, substantiva ou contenciosa de direito administrativo. Já para Freitas do Amaral, a relação administrativa é aquela que confere poderes de autoridade ou impõe restrições de interesse público à administração perante os particulares, ou que atribui direitos ou impõe deveres públicos aos particulares perante a administração. Para Oliveira Martins o contrato administrativo é aquele que está ligado à realização de um resultado ou interesse especificamente protegido no ordenamento jurídico, se e enquanto se trata de uma

⁴ CORREIA, Sérgio, *V Módulo - Contratos Públicos*, Novembro de 2011, disponível em <http://www.fd.ul.pt>

tarefa assumida pela própria colectividade, ou seja, de interesses que só tenham protecção específica da lei quando são prosseguidos por entes públicos ou por aqueles que actuam por devolução ou concessão pública.

É importante salientar que a reforma de 2002 da justiça administrativa não utilizou a expressão “contratos administrativos”. Não se pode atribuir à omissão “o sentido de prescrever a expressão – não só por se tratar de uma lei adjectiva, como porque continuaram em vigor diversas disposições do Código do Procedimento Administrativo que a utilizavam - parecia assistir-se à agonia, lenta mas irreverente, do conceito cada vez mais difícil de delimitar e de utilidade mais duvidosa.”

Muitos autores propuseram a generalização da expressão “contratos públicos” para designar todos os contratos em que é outorgante a Administração Pública, expressão que veio a obter consagração legislativa.

5 – Relevância da Contratação pública e Contratos Públicos.

O Estado desempenha um papel muito importante para o sector da construção civil e obras públicas ao assumir um papel regulador, não só através de produção de legislação, como também ao nível do ordenamento do território e da atribuição de alvarás. A sua função, reguladora, passa também por criar as condições necessárias para que sejam respeitadas as regras de funcionamento do mercado. O Estado, enquanto entidade que assume o papel de dono da obra, deve, sempre que possível, estimular a procura, através da adjudicação de obras públicas.

A evolução positiva do sector da construção civil e obras públicas deveu-se à evolução da secção das obras de engenharia civil que contribuiu para o andamento global do sector.

Os contratos públicos constituem uma parte relevante da economia comunitária, movimentando 3,1% do PIB (Produto Interno Bruto ou seja o valor de todos os bens e serviços finais produzidos dentro de uma nação durante um ano) da União Europeia em 2008 e 2,5% em Portugal, no mesmo ano, de acordo com a base de dados do EUROSTAT (autoridade estatística da União Europeia). Tornava-se pois decisivo para o mercado interno que se harmonizassem os processos de adjudicação destes contratos. A Directiva Comunitária n.º 2004/17/CE, respeitante à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais e a Directiva Comunitária n.º 2004/18/CE, respeitante à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, foram transpostas

para a legislação nacional através do Decreto-Lei n.º 18/2008 de 29 de Janeiro, actualizado de acordo com a Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008 de 28 de Março, que aprovou o Código dos Contratos Público (CCP). Este código estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos e tornou-se o diploma que regula a sua formação e execução, definindo todos os procedimentos que decorrem desde o momento em que se toma a decisão de contratar uma entidade até à formulação da adjudicação⁵.

6 - Âmbito de aplicação da Contratação Pública (CCP).

O regime de contratação pública é aplicável à formação dos contratos públicos, que independente da sua designação e natureza, sejam celebrados pelas entidades adjudicantes e tenham por objecto as prestações típicas referidas no n.º 1 do art.º 6º do Código dos Contratos Públicos, ou seja:

- a) Empreitada de obras públicas;
- b) Concessão de obras públicas;
- c) Concessão de serviços públicos;
- d) Locação ou aquisição de bens móveis;
- e) Aquisição de serviços.

Nos termos do art. 4.º, números 1 e 2 do CCP são excluídos do seu âmbito:

- a) Contratos de direito internacional;
- b) Contratos a celebrar com entidades nacionais de outro Estado membro ou de um Estado terceiro, nos termos de uma convenção internacional relativa ao estacionamento de tropas;
- c) Contratos celebrados de acordo com o procedimento específico de uma organização internacional de que o Estado Português seja parte;

Estão igualmente excluídos:

- a) Contratos de trabalho em funções públicas e contratos individuais de trabalho;

⁵ Para além da transposição destas directivas, o Código dos Contratos Públicos revogou o Decreto-Lei n.º 59/99 de 2 de Março que aprovava o Regime Jurídico de Empreitadas de Obras Públicas (RJEOP); o Decreto-Lei n.º 197/99 de 8 de Junho - Regime de contratação de bens e serviços e o Decreto-Lei n.º 223/2001 de 9 de Agosto - Regime de empreitadas e aquisições no âmbito dos sectores especiais e de outros diplomas avulsos relativos à contratação pública.

- c) Contratos de doação de bens móveis a favor de qualquer entidade adjudicante;
- d) Contratos de compra e venda, de doação, de permuta e de arrendamento de bens imóveis ou contratos similares;
- e) Contratos relativos à aquisição de programas destinados à emissão por parte de entidades de radiodifusão ou relativos a tempos de emissão.

6.1- Aplicação subjectiva das regras da Contratação Pública previstas no Código dos Contratos Públicos.

As regras da contratação pública previstas no Código dos Contratos Públicos (CCP) aplicam-se a todo o sector público administrativo tradicional: ao Estado, às Regiões Autónomas, às Autarquias Locais, aos Institutos Públicos, às Fundações Públicas, às Associações Públicas e às Associações de que façam parte uma ou várias pessoas colectivas referidas anteriormente, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controle de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas (artigo 2.º n.º 1 do CCP).

Por outro lado, as regras da contratação pública previstas no CCP aplicam-se ainda a quaisquer pessoas colectivas que, independentemente da sua natureza pública ou privada:

- a) tenham, sido criadas especificamente para satisfazer necessidades de interesse geral, sem carácter industrial ou comercial, entendendo-se como tal aquelas cuja actividade económica se não submeta à lógica do mercado e da livre concorrência;
- b) sejam maioritariamente financiadas pelas entidades no número anterior (n.º 1 do artigo 2.º do CCP), estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada por aquelas entidades;
- c) quaisquer pessoas colectivas que se encontrem na situação acima referida relativamente a uma entidade que seja, ela própria, uma entidade adjudicante;
- d) as associações de que façam parte uma ou várias pessoas referidas anteriormente, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controlo de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas (artigo 2.º, n.º 2 do CCP).

As regras da contratação pública previstas no CCP aplicam-se segundo os artigos 1.º, 5.º n.º 1 e artigo 16.º números 1 e 2, “ aos contratos celebrados pelas entidades adjudicantes que estejam, submetidos à concorrência de mercado”, ou seja, têm a ver com a natureza fungível e o valor económico (artigo 17.º do CCP). Logo, o contrato público (parte II e III do CCP) é diferente do contrato administrativo (artigo 1.º, n.º 5 do CCP, parte II).

O CCP é também aplicável aos actos unilaterais (actos administrativos) que atribuem quaisquer vantagens ou benefícios (artigo 1.º, n.º 3 do CCP).

Tendencialmente, as regras da contratação pública previstas no CCP aplicam-se a todo e qualquer contrato que as entidades adjudicantes pretendam celebrar, qualquer que seja a sua designação ou natureza.

7 - Âmbito de aplicação objectiva.

O Código dos Contratos Públicos (CCP) português regula duas grandes matérias relativas aos contratos públicos: a formação e a execução.

A formação refere como os contratos públicos podem ser celebrados (por exemplo, concurso público ou ajuste directo), ou seja, estabelece as regras dos procedimentos que dão origem a um contrato público. Esta fase decorre desde que é tomada a decisão de contratar até ao momento em que o contrato é celebrado . Em Portugal, esta matéria é denominada de contratação pública.

A execução refere-se às regras imperativas ou supletivas que integram o regime substantivo dos contratos públicos e que formam as relações jurídicas contratuais. São aspectos muito importantes da execução do contrato: as obrigações e o poder das partes, o incumprimento ou a modificação do contrato, entre outros aspectos. A fase da execução do contrato sucede à celebração do mesmo.

Os procedimentos de contratação pública em Portugal eram regulados pela Lei n.º 197/99, de 08 de Junho, conduzidos por procedimentos documentais em papel e por actos presenciais de elevado formalismo. Estes, apesar de complexos e formais, não conseguiam no entanto evitar situações diversas de fraude e fuga de informação privilegiada, contrárias ao espírito da lei e da transparência desejada em procedimentos de contratação, em particular da administração pública.

Em Janeiro de 2008, o novo Código dos Contratos Públicos, passa a obrigar a realização dos procedimentos de contratação com base em plataformas electrónicas via *web* e de forma não presencial.

O novo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, e as plataformas electrónicas de contratação pública surgem assim com o duplo objectivo de simplificar os anteriores processos e procedimentos e aumentar a segurança dos dados e da informação, privilegiando a transparência e a igualdade concorrencial durante todo o processo.

Em 18 de Outubro de 2010, a União Europeia aprovou o Livro Verde sobre o estado de utilização da contratação pública electrónica na UE, tendo concluído que:

«A adesão global, tanto a nível interno na maior parte dos países, como a nível da UE, continua fraca, estando estimada em menos de 5% do valor total dos contratos públicos.

Portugal constitui uma excepção a esta fraca utilização, sendo que naquele país a utilização de meios electrónicos para a realização de todas as etapas da contratação pública, inclusive a adjudicação, é obrigatória desde 1 de Novembro de 2009 para a maior parte das aquisições públicas (...))»

Refira-se ainda que, de acordo com a avaliação da União Europeia de Outubro de 2010, em países membros que têm estado na vanguarda da contratação pública electrónica – como é o caso da França, da Itália e da Áustria - esta representa, actualmente, 4%, 2,5% e 2% do volume total de contratação pública naqueles países, respectivamente, sendo o caso português apontado como exemplo a seguir pelos restantes países da União Europeia.⁶

Transcorrido o ano de 2010 - primeiro ano em que o Código dos Contratos Públicos⁷ se aplicou de forma plena - é altura de fazermos um balanço.

Antes da entrada em vigor do Código dos Contratos Públicos, a contratação pública era efectuada em moldes burocráticos. Todos nos lembramos, por exemplo, das sessões formais de actos públicos de concursos e dos enormes volumes de papel que caracterizavam os documentos necessários (cadernos de encargos, propostas, relatórios de análise de propostas, etc.). Além disso, a informação disponibilizada, de forma sistemática, ao cidadão, sobre a contratação pública era, no nosso país, praticamente inexistente.

A este respeito, em 2010 foi elaborado o primeiro relatório síntese sobre a contratação pública em Portugal, contendo os principais indicadores sobre a matéria, tendo o Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P. ficado responsável pela produção regular de relatórios estatísticos mais detalhados sobre a contratação pública no nosso país.

Nesse relatório, foi considerada contratação pública toda a aquisição pública de bens, serviços e empreitadas de obras públicas, acima de 5 mil euros⁸, não se incluindo, porém, a

⁶ Evaluation of the 2004 Action Plan for Electronic Public Procurement, Bruxelas, 18.10.2010, SECn (2010) 1214 final. Disponível em <http://www.portugal.vortal.biz>.

⁷ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro.

contratação excluída por força do disposto nos artigos 4.º, 5.º e 10.º do Código dos Contratos Públicos.

“Desde 1 de Novembro de 2009⁹ que, em Portugal, os procedimentos de natureza concursal são obrigatoriamente realizados através de plataformas electrónicas, em todas as suas fases, desde a publicitação do anúncio até à adjudicação.

Por outro lado, tornou-se obrigatória no nosso país a utilização de meios electrónicos, quanto aos procedimentos adjudicados por ajuste directo, em dois momentos do processo. Assim:

a) As comunicações entre entidades adjudicantes, concorrentes e adjudicatários são obrigatoriamente feitas por meios electrónicos (preferencialmente por e-mail);

b) Os contratos celebrados são publicitados no portal “BASE”, através do preenchimento de um formulário electrónico.

Em suma, foi possível produzir esse relatório síntese, tendo por base a informação sobre a contratação pública tramitada através das plataformas electrónicas e a recolhida pelo Portal BASE.”

8 - Tipos de procedimentos de contratação.

O Código dos Contratos Públicos (CCP) estabelece que “para a formação de contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar submetidas à concorrência de mercado, as entidades adjudicantes devem adoptar os seguintes tipos de procedimentos:” ajuste directo, concurso público, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação e diálogo concorrencial (artigo 16.º n.º1 do CCP).

O ajuste directo é o procedimento no qual a entidade adjudicante convida directamente uma ou várias entidades à sua escolha para apresentar uma proposta, podendo com elas negociar aspectos da execução do contrato a celebrar (artigo 24.º a 27.º do CCP).

No concurso público, o adjudicatário é que tem a obrigação de apresentar os documentos de habilitação, conforme o disposto nos artigos 81.º e 132.º, n.º1, alínea f) do CCP. Qualquer operador económico interessado pode apresentar uma proposta, não havendo lugar a convite pela entidade adjudicante.

⁸ Excluindo, portanto, os ajustes directos de regime simplificado previstos no artigo 128º do CCP.

⁹ O período transitório que permitiu a realização de concursos em suporte de papel terminou em 31 de Outubro de 2009, nos termos do disposto no Decreto-Lei nº 223/2009. Disponível em [http:// www.portugal.vortal.biz](http://www.portugal.vortal.biz).

O concurso público comporta apenas a fase de apresentação das propostas, sem prejuízo de poderem ser fixadas regras específicas relativas à capacidade técnica e financeira exigida aos concorrentes.

O concurso limitado por prévia qualificação abrange duas fases: a apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos, seguindo-se a apresentação, a análise das propostas e adjudicação, devendo as entidades fornecedoras de bens/prestadoras de serviços organizar as candidaturas/propostas tendo em atenção a metodologia e os princípios que melhor se adequam aos objectivos do procedimento concursal.

O concurso limitado por prévia qualificação rege-se pelas disposições que regulam o concurso público, com as necessárias adaptações (artigo 162.º e seguintes do CCP).

A escolha do concurso público ou do concurso limitado por prévia qualificação permite a celebração de contratos de qualquer valor, excepto quando os respectivos anúncios não sejam publicados no Jornal Oficial da União Europeia (artigo 28.º do CCP). Nesse caso, só se permite a celebração de contratos de valor inferior ao referido na alínea c) do artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março.

O CCP apenas admite o recurso ao procedimento de negociação nos casos limitados em que as directivas comunitárias o permitem. Estas situações encontram-se vertidas no artigo 29.º do CCP.

Por último o diálogo concorrencial apenas pode ser usado para a formação de contratos particularmente complexos, em que a entidade adjudicante necessita de estabelecer um diálogo com os potenciais interessados para conseguir elaborar o próprio caderno de encargos (artigos 30.º e 204.º e seguintes do CCP).

O CCP considera particularmente complexos os contratos relativamente aos quais seja objectivamente impossível definir a solução técnica adequada, definir os meios técnicos aptos a concretizar a solução ou definir a estrutura jurídica ou financeira inerente ao contrato a celebrar.

Assim, o diálogo concorrencial adopta-se quando o contrato a celebrar, qualquer que seja o seu objecto, seja particularmente complexo, impossibilitando a adopção do concurso público ou do concurso por prévia qualificação (artigo 30.º, n.º1 do CCP).

Como referimos, para efeitos do disposto no n.º1 do artigo 16.º do CCP, “consideram-se submetidas à concorrência de mercado, designadamente as prestações típicas abrangidas pelo objecto dos seguintes contratos, independentemente da sua designação ou natureza: empreitada de obras públicas, concessão de obras públicas, concessão de serviços públicos,

locação ou aquisição de bens imóveis; aquisição de serviços, sociedade” (artigo 16.º, n.º 2 do CCP).

O contrato de empreitada de obras públicas é um contrato oneroso através do qual um particular se encarrega de executar, ou de conceder e executar, uma obra pública (artigo 343.º, n.º 3 do CCP).

O contrato de concessão de obras públicas é um contrato por via do qual um particular se encarrega de executar, uma obra pública, adquirindo, como contrapartida, o direito de a explorar, eventualmente recebendo um preço (artigo 407.º, n.º1 do CCP).

O contrato de concessão de serviços públicos é o contrato mediante o qual o co-contratante assume o encargo de gerir um serviço público durante um certo período de tempo, fazendo-o em nome próprio e sob a sua responsabilidade, sendo pago através dos resultados financeiros da sua gestão ou remunerado pelo contraente público (artigo 407.º, n.º 2 do CCP).

O contrato de locação de bens móveis, não é mais do que um contrato de locação em que o locatário é um contraente público (artigo 431.º, n.º1 do CCP).

O contrato de aquisição de bens móveis, é um contrato de compra e venda em que o comprador é um contraente público (artigo 437.º do CCP). Sucede ao antigo contrato de fornecimento contínuo (artigo 178.º, n.º2, alínea g) do CPA).

Contrato de aquisição de serviços, é um contrato oneroso de prestação de serviços em que estes são prestados a um contraente público (artigo 450.º do CCP). Sucede ao antigo contrato de prestação de serviços para fins de imediata utilização pública (artigo 178.º, n.º2 alínea a) do CPA).

Quanto à escolha dos procedimentos pré-contratuais supra referidos o Código dos Contratos Públicos fixa os seguintes tipos de critérios:

- valor do contrato com liberdade de escolha entre o ajuste directo, concurso público e concurso limitado por prévia qualificação (Regra Geral de Escolha do Procedimento);
- critérios materiais; outras regras de escolha de procedimento. Escolha em função do tipo de contrato (artigo 31.º do Código dos Contratos Públicos), da entidade adjudicante (artigo 32.º do Código dos Contratos Públicos) e escolha de procedimento para a formação de contratos mistos (artigo 33º do Código dos Contratos Públicos).

9- Direito da União Europeia. A modificação dos contratos públicos.

“O direito comunitário, primário e derivado, não regula a execução dos contratos públicos.¹⁰ Aliás, o Tratado da União Europeia (TUE) - na linha dos Tratados Constitutivos da Comunidades Europeias - não contém qualquer previsão específica sobre este tipo de contratos¹¹, entre os quais se inclui o de empreitada de obras públicas (1.º, n.º 2, b), da Directiva¹²). Os pressupostos e limites da modificação do contrato de empreitadas não são portanto objecto de regulação comunitária. Mais, os pressupostos, definidos por cada Estado-Membro, não são sindicados pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE). Em matéria de modificação dos contratos públicos, a preocupação incide na perspectiva contrária, a dos limites.

Não existe (ainda) uma especial vocação do direito da União Europeia para os aspectos relacionados com a fase da execução do contrato, mas é-lhe imanente a protecção das regras da contratação pública. Subjaz ao direito comunitário da contratação pública um fim essencial: salvaguardar o cumprimento dos princípios do TUE e dos princípios e regras comunitários da contratação pública, concretizadas na Directiva (2004/18/CE) do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de

¹⁰ Pedro Nuno Rodrigues, *A Modificação objectiva do contrato de empreitada de obras públicas*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, pág. 13. «Neste sentido, JOSÉ MARIA FERNANDEZ ASTUDILLO, *Los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en la Unión Europea*, Bosh, Barcelona, 2005, 330. Adoptamos, aqui, a terminologia neutra da Directiva, sem especial correspondência com o quadro conceptual do CCP, nomeadamente face aos conceitos de «contrato público» (1.º, n.2, segunda parte) e de «contrato administrativo» (1.º, n.º6). De resto, «para o direito comunitário, a qualificação de contrato público, tal como fixada nos ordenamentos jurídicos nacionais, é irrelevante. Como realça BANO LEÓN, (...) «las Directivas europeas configuran un nuevo concepto de contrato público baseado en dos pilares: subjetivamente, en la noción funcional de poder adjudicador; objetivamente en el concepto de mercado público, lo que supone una transformación radical de los tributarios de la idea del contrato administrativo, como los de tradición civil» - CLÁUDIA VIANA, *Os princípios comunitários na contratação pública*, Coimbra, Coimbra, 2007, 244. O direito comunitário visa estabelecer «um mínimo denominador comum», que se quer aplicável nos diversos modelos de contratação da Administração – MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Contratos da administração pública*, Almedina, Coimbra, 1999, 66»

¹¹ Pedro Nuno Rodrigues, *A Modificação objectiva do contrato de empreitada de obras públicas*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p.13. «JOSÉ MARIA GIMENO FELIÚ, la nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española, Thomson- Civitas, Navarra, 2006, 29; JOSÉ LUÍS MEILÁN GIL, La estructura de los contratos públicos – norma, acto, contrato, Iustel, Madrid, 2008,93; JOSÉ ANTÓNIO MORENO MOLINA, *Contratos Públicos: Derecho comunitario y Derecho Español*, McGraw- Hill, Madrid, 1996, 71.»

¹² Nuno Rodrigues, *A Modificação objectiva do contrato de empreitada de obras públicas*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p. 13. «Temos aqui em consideração a Directiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, de fornecimento e serviços (sectores clássicos). Consabidamente, a regulação comunitária dos processos de adjudicação estende-se aos designados sectores especiais (Directiva 2004/17/CE, do parlamento Europeu e do conselho, da mesma data). Por outro lado, quanto à efectivação das garantias das regras da contratação pública, devem considerar-se as denominadas Directivas recursos (respectivamente, quanto ao primeiro e segundo tipo de contratos, 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, e 92/13/CEE, do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1992, ambas na redacção que lhes é hoje dada pela 2007/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, relativa à coordenação dos processos de adjudicação nos domínios da defesa e da segurança, completa e altera as Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, devendo ser objecto de transposição pelos Estados- Membros até 21 de Agosto de 2011.»

adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, de fornecimento e serviços), dessa forma garantindo a plena realização do mercado interno europeu, «espaço sem fronteiras internas ao qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados» (26.º, 2, TUE). Ora, este complexo de princípios e normas, exigindo em sede de contratação, não pode, na fase de execução, ser defraudado mediante uma possibilidade ilimitada de modificar os contratos.

Neste propósito de efectivação do mercado interno, o direito comunitário, concretizando os princípios do Tratado, procura delimitar as condições em que a alteração introduzida num contrato de execução é ainda *modificação do contrato* ou, pelo contrário, configura a celebração de um novo contrato – susceptível, por isso, de convocar uma nova disputa pela atribuição das prestações objecto da modificação. E fá-lo através das Directivas e legislação complementar, do designado *soft-law* e, principalmente, da jurisprudência do TJCE. Parecer legítimo afirmar que, de facto, a disciplina comunitária da modificação do conteúdo dos contratos vem sendo construída, segundo uma apreciação casuística de situações, com especial apoio nas decisões do TJCE, fonte auxiliar do direito comunitário, tomadas a título prejudicial sobre a validade e a interpretação de actos adoptados pelas instituições, órgãos ou organismos da União – designadamente, aferindo a conformidade das referidas situações, ocorridas nos diversos Estados - Membros, com os princípios do TUE e, nos contratos sujeitos a regulação própria, com o disposto na Directiva.”

10 - Última alteração ao Código dos Contratos Públicos.

Com o Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho, procede-se à última alteração do Código dos Contratos Públicos.

O Decreto-Lei introduz alterações ao Código dos Contratos Públicos (CCP), tendo em vista o seu ajustamento ao disposto nas directivas comunitárias de contratação pública e o cumprimento dos compromissos assumidos no âmbito do Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, firmado entre o Estado Português e a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu.

Neste enquadramento, são eliminadas as excepções à aplicação integral do regime de contratação pública de que beneficiavam as instituições públicas de ensino superior constituídas sob a forma de fundação, os hospitais constituídos sob a forma de entidade pública empresarial, as associações de direito privado que prossigam finalidades, a título principal, de natureza científica e tecnológica e os laboratórios do Estado, passando todas

estas entidades a submeter -se, em pleno, ao regime jurídico de contratação pública, regulado no CCP.

Mais se procede à alteração do regime jurídico do ajuste directo, afastando-se a possibilidade de adopção deste procedimento para a formação de contratos de aquisição de serviços informáticos de desenvolvimento de software e de manutenção ou assistência técnica de equipamentos e estabelecendo-se a aplicação uniforme, independentemente da natureza da entidade adjudicante, dos limiares de € 75 000 e € 150 000, consoante se trate, respectivamente, de contratos de aquisição de bens e serviços ou de empreitadas de obras públicas.

Altera-se igualmente o regime de erros e omissões (artigo 61.º), dando resposta a alguns dos problemas práticos que neste domínio se têm vindo a colocar às entidades adjudicantes e aos operadores económicos, designadamente quanto à clarificação do universo dos erros e omissões abrangidos pelo CCP e à insuficiência do prazo concedido às entidades adjudicantes para se pronunciarem sobre as listas de erros ou omissões elaboradas pelos interessados. Revê -se ainda o regime dos trabalhos e dos serviços a mais, com vista à não contabilização dos trabalhos de suprimento de erros e omissões para o apuramento do limite percentual que aqueles podem atingir face ao preço contratual. Neste sentido, atribui-se aos trabalhos e aos serviços a mais um limite percentual próprio e autónomo de 40 % do preço contratual e aos trabalhos de suprimento de erros e omissões um limite percentual próprio e autónomo de 5 % do preço contratual (artigo 376.º, n.º3 do CPP). Este é elevado para 10 %, quando a execução dos trabalhos não implique uma modificação substancial do contrato e estejam em causa obras cuja execução seja afectada por condicionalismos naturais com especiais características de imprevisibilidade, nomeadamente as obras marítimo-portuárias e as obras complexas do ponto de vista geotécnico, em especial a construção de túneis, bem como as obras de reabilitação ou restauro de bens imóveis (artigo 376.º, n.º4 do CPP).

Salienta-se, também neste quadro, a eliminação do requisito adicional de desenvolvimento de projectos de investigação e desenvolvimento (I&D), em contratos de valor igual ou superior a vinte e cinco milhões de euros, em conformidade com o Memorando de Políticas Económicas e Financeiras

Capítulo 2 - O CONTRATO DE EMPREITADA.

1- Definição de contrato de empreitada (direito civil) e de contrato de empreitada de obras públicas (direito público).

No âmbito do direito privado, a empreitada consiste num contrato mediante o qual alguém se compromete a realizar certa obra mediante um certo preço (artigo 1207.º do Código Civil). A empreitada é de certo modo considerada como uma espécie de contrato de prestação de serviços, tendo por objecto uma obra e não um serviço (artigos 1154.º e seguintes do Código Civil).

«No âmbito do Direito Romano, a empreitada constituía uma modalidade de locação (*locatio*). Efectivamente, esta figura caracterizava-se por atribuir o gozo de um bem mediante uma contrapartida pecuniária, podendo esse bem consistir numa coisa (*locatio rei*), ou num determinado trabalho (*locatio operarum* e *locatio operis*). Neste último caso, ainda se distinguia consoante o trabalho era prestado sob a direcção de outrem (*locatio operarum*) ou era apenas atribuído o resultado do trabalho (*locatio operis*).

A distinção romana ainda aparece subjacente ao Código Civil francês de 1804, bem como aos Códigos por este influenciados, como o Código italiano de 1865. O Código Civil português de 1867 autonomizou, porém, a locação, que restringiu ao gozo de coisas, do contrato de prestação de serviços e do contrato de trabalho, quebrando assim essa ligação histórica.

A mesma coisa fez o actual Código Civil, limitando a locação ao gozo de coisas (art.º1022.º), e separando os contratos de trabalho (art. 1154.º), de que a empreitada constitui uma modalidade (art. 1155.º)».¹³

No âmbito do direito público e nos termos do n.º1 do artigo 343.º do CCP, “entende-se por empreitada de obras públicas o contrato oneroso que tenha por objecto quer a execução quer, conjuntamente, a concepção e a execução de uma obra pública que se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência na actividade de construção.

A empreitada é o modo mais usual de executar obras públicas.

Considera-se “obra pública”, o resultado de quaisquer trabalhos de construção, reconstrução, ampliação, alteração ou adaptação, conservação, restauro, reparação,

¹³ “Direito das obrigações – contratos em especial”, Volume III, 6.ª ed., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, p.505 - 506.

reabilitação, beneficiação e demolição de bens imóveis executados por conta de um contraente público (n.º2 do artigo 343.º do CCP).

O Código dos Contratos Públicos (Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro) alterou a parte relativa à execução dos contratos de empreitadas de obras públicas, ao consubstanciar uma maior autonomia da entidade adjudicante.

1.1 – Forma do contrato de empreitada.

O contrato de empreitada é, em princípio, um contrato que não é formal porque a lei não o sujeita a forma especial. A empreitada pode ser celebrada de forma consensual (artigo 219.º do Código Civil).

Segundo o Acórdão n.º 0409249 do Tribunal da Relação do Porto, 20 de Setembro de 1990, “I - O contrato de empreitada de obra não publica não esta sujeito a forma especial, podendo ser meramente verbal. II - O contrato só se considera celebrado quando as partes chegarem a acordo acerca de todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo.”

No entanto, há casos em que a lei exige uma determinada forma como é por exemplo, o contrato de empreitada de obras públicas, que deve ser reduzido a escrito (artigo 94.º do CCP).

1.2 – Formação do contrato de empreitada.

A empreitada de direito privado segue o regime geral da formação do contrato estipulado nos artigos 224.º e seguintes do Código Civil.

«A empreitada rege-se pelas regras gerais aplicáveis à formação do negócio jurídico, dado que não apresenta qualquer especificidade. O contrato deve ser precedido de uma fase pré-negocial, estando os contraentes obrigados a agir de acordo com os ditames da boa-fé – artigo 227.º, n.º1 CC. Caso contrário, incorrem em responsabilidade pré-contratual face à tutela da confiança da outra parte. A primeira fase é a negociatória, onde é pedido um orçamento, via de regra sem compromisso, seguindo-se a fase de planeamento. Nesta fase, define-se o programa, o projecto, os solos, entre outras coisas relevantes. *A posteriori*, o empreiteiro deve apresentar uma proposta pormenorizada, da qual constam os vários aspectos da realização da obra. É o vulgarmente conhecido, caderno de encargos. Quando o empreiteiro e o dono da obra estão em concordância, reduz-se o contrato à forma escrita, pela complexidade que a este momento já o envolve. Existem situações em que, já depois de concluído, o contrato carece de concretizações posteriores, em razão de alguma

indeterminabilidade quanto a certos aspectos da obra. Esta indeterminabilidade não pode, contudo, constituir causa de nulidade do contrato (*a contrario* artigo 280.º, n.º1 CC).

A empreitada de obras públicas já obedece a outro procedimento, previsto no artigo 16.º do Código dos Contratos Públicos) que envolve o ajuste directo, o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação, o procedimento de negociação e o diálogo concorrencial para a formação de contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar à concorrência de mercado.

No âmbito da empreitada de direito privado, é normal a formação do contrato decorrer de forma mais complexa, uma vez que as negociações são mais demoradas na medida em que normalmente é pedido a um empreiteiro a realização de um projecto da obra, o que constitui uma prestação de serviços autónoma, objecto de uma determinada remuneração»¹⁴.

1.3 – Capacidade e Legitimidade das partes.

Quanto à capacidade das partes há que distinguir entre as empreitadas de reparação e as empreitadas de nova construção.

As empreitadas de reparação são actos de administração ordinária, na medida em que podem ser celebradas por quem tenha capacidade para a prática de actos de mera administração (ex: inabilitados) – artigo 153.º do Código Civil.

As empreitadas de construção correspondem a actos de administração de disposição ou de administração extraordinária, na medida em que só podem ser celebrados por quem tenha capacidade para a sua prática.

«Podem colocar-se problemas de legitimidade na empreitada, quer em relação ao empreiteiro quer em relação ao dono da obra.¹⁵ Assim, a parte que, de acordo com o contrato deva fornecer os materiais, apenas poderá fornecer materiais próprios e não materiais alheios, assim como a construção do imóvel dependerá da autorização do respectivo dono do solo (seja ele o dono da obra ou terceiro). A utilização de materiais alheios ou a construção em solo alheio não constitui, no entanto, causa de invalidade do contrato, embora determine a aplicação do regime da acessão, bem como a responsabilidade perante o respectivo proprietário.

¹⁴ DIAS, Fátima, “O contrato de empreitada – o regime das alterações ao plano convencionado.” Disponível em http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/fatimadias_contratoempreitada.pdf.

¹⁵ “Cfr. ROMANO MARTINEZ, *Obrigações*, p. 422, disponível em “*Direito das obrigações – contratos em especial*”, Volume III, 6.ª ed., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, páginas 517 e 518”.

Em caso de existência de direitos reais menores sobre o solo terá legitimidade para contratar a execução da obra a parte a quem tenha essa faculdade. Assim, no caso do usufruto, o art. 1471.º determina que o usufrutuário é obrigado a consentir ao proprietário quaisquer obras ou melhoramentos de que seja susceptível a coisa usufruída, cabendo as reparações ordinárias ao usufrutuário (art. 1472.º) e as reparações extraordinárias ao proprietário, salvo se resultarem de má administração do usufrutuário (art. 1473.º). No caso de incidir sobre o prédio uma servidão ou um direito pessoal de gozo, que a execução das obras venha a impedir, quer o dono da obra, quer o empreiteiro, serão responsáveis pelos danos causados ao titular, o qual pode inclusivamente solicitar o embargo da obra (cfr. art. 412.º C.P.C). A existência destes direitos não torna porém, inválido o contrato de empreitada, ainda que possa determinar a necessidade de alterações ao plano convencionado (art. 1215.º), ou mesmo a impossibilidade de execução da obra (art. 1227.º)».¹⁶

No caso do contrato de empreitada de obras públicas, o artigo 344.º do CCP, explica-nos que “são partes o dono da obra e o empreiteiro”, excepto “nas matérias em que, em virtude da lei ou de estipulação contratual, se estabeleça diferente mecanismo de representação”, sendo que “durante a execução do contrato, o dono da obra é representado pelo director de fiscalização da obra e o empreiteiro por um director de obra.” e que “sem prejuízo de outras limitações previstas no contrato, o director de fiscalização da obra não tem poderes de representação do dono da obra em matéria de modificação, resolução ou revogação do contrato.”

Na falta de estipulação contratual, durante os períodos em que se encontrarem ausentes ou impedidos, o director de fiscalização da obra e o director da obra são substituídos pelas pessoas que os mesmos indicarem para esse efeito, desde que, no caso do director de fiscalização da obra, a designação do substituto seja aceite pelo dono da obra e comunicada ao empreiteiro.

2 – Efeitos do contrato de empreitada.

2.1 – Direitos do dono da obra.

2.1.1 – Aquisição e recepção da obra.

Num contrato de empreitada, um dos principais direitos do dono da obra é aquisição da obra.

¹⁶ Disponível em “*Direito das obrigações – contratos em especial*”, Volume III, 6.ª ed., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, páginas 517- 518.

Assim, nos termos dos artigos 762.º e 406.º, n.º 1 do Código Civil, a obra deve ser integralmente realizada de acordo com o contrato, no prazo convencionado, sem vícios que retirem ou reduzam o valor da obra ou a sua aptidão para o uso ordinário previsto no contrato (artigo 1208.º do Código Civil).

No caso do contrato de empreitada de obras públicas, prevalece o regime substantivo dos contratos administrativos tendo em conta o disposto nas normas da Parte III, Título II, nos artigos 343.º e seguintes do CCP. Assim, neste tipo de contrato público, a obra deve ser realizada de acordo com o contrato e respectivos anexos (exemplo: caderno de encargos e o seu projecto de execução), no prazo convencionado, sujeito a vistoria prévia antes da recepção provisória, auto de recepção provisória e defeitos da obra (artigos 362.º 394.º, 395.º e 396.º do CCP).

2.1.2 – Fiscalização da obra.

O artigo 1209.º do Código Civil atribui ao dono da obra a faculdade de fiscalizar a execução da sua obra, desde que não perturbe o andamento ordinário da empreitada. O dono da obra pode controlar a forma como o empreiteiro executa a obra, designadamente dos materiais que utiliza, se está a ser respeitado o plano acordado e se há vícios ou não na construção. Assim, de acordo com o artigo 1216.º do Código Civil, o dono da obra, através da fiscalização, pode inclusivamente achar que se justifica fazer alterações ao plano convencionado e exigir essas mesmas alterações.

«A maior parte da doutrina qualifica como injuntiva esta faculdade de fiscalização por parte do dono da obra, considerando nula a cláusula que lhe retire esse direito¹⁷. A esta posição opõe-se, no entanto, ROMANO MARTINEZ, sustentando que, “através da fiscalização poderia o comitente tomar conhecimento de certos dados técnicos que o empreiteiro não estaria interessado em revelar” como, por exemplo, “novas técnicas de tingir tecidos ou de perfuração de túneis”, pelo que, havendo motivos plausíveis, nada impede as partes de afastar essa fiscalização¹⁸. Parece-nos, no entanto, que a melhor posição é a que considera injuntiva a fiscalização do dono da obra, uma vez que sem esta faculdade ele

¹⁷ “Cfr. VAZ SERRA, *BMJ* 145 (1965), p.130, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *op. cit.*, II, art.1209.º, n.º 1, p.870, PEREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, p.44, e AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, “A responsabilidade do construtor no contrato de empreitada”, em AAVV, *Contratos. Actualidade e evolução*, Porto, Universidade Católica, 1997, pp. 315-330 (317 e ss), disponível em “*Direito das obrigações – contratos em especial*”, Volume III, 6.ª ed., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, p. 519.

¹⁸ “Cfr. ROMANO MARTINEZ, *Obrigações*, p. 370, disponível em “*Direito das obrigações – contratos em especial*”, Volume III, 6.ª ed., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, p. 519.

perderia todo e qualquer contrôle sobre a execução que contratou, sendo o contrato qualificável como venda de bens futuros e não como empreitada.

A fiscalização tem que ser realizada à custa do dono da obra, podendo ser efectuada por ele próprio ou por um comissário por si contratado. Sendo uma faculdade do dono da obra, naturalmente que ele pode deixar de exercê-la, sem incorrer em responsabilidade. O não exercício da fiscalização implica, no entanto, qualquer renúncia tácita do dono da obra aos direitos resultantes da sua má execução, mesmo que ele não se pronuncie sobre a mesma, podendo fazê-lo, dado que o art. 1209.º, n.º 2, determina que “a fiscalização feita pelo dono da obra, ou por comissário, não impede aquele, findo o contrato, de fazer valer os seus direitos contra o empreiteiro, embora sejam aparentes os vícios da coisa ou notória a má execução do contrato, excepto se tiver havido da sua parte concordância expressa com a obra efectuada”.

Conforme se infere do artigo 305.º do CCP, o contrato de empreitada de obras públicas também está sujeito a fiscalização do seu modo de execução. A execução dos trabalhos será fiscalizada pelos representantes do dono da obra que este, por si ou com acordo das entidades participantes, para tal efeito designe. O empreiteiro ou um seu representante permanecerá no local da obra durante a sua execução, devendo estar habilitado com os poderes necessários para responder, perante o fiscal da obra, pela marcha dos trabalhos. A fiscalização deverá acompanhar todos os processos de aquisição de materiais e tomar as providências que sobre os mesmos se mostrem aconselháveis ou se tornem necessárias, designadamente sugerindo ou ordenando a consulta e a aquisição a empresas que possam oferecer melhores condições de fornecimento, quer em qualidade quer em preço; vigiar todos os processos de execução, sugerindo ou ordenando, neste caso com a necessária justificação, a adopção dos que conduzam a maior perfeição ou economia; visar todos os documentos de despesa, quer de materiais, quer de salários; velar pelo conveniente acondicionamento dos materiais e pela sua guarda e aplicação e verificar toda a contabilidade da obra, impondo a efectivação dos registos que considere necessários.

3. – Deveres do dono.

O principal dever do dono de uma obra é o pagamento do preço da empreitada que pode ser fixado através de várias modalidades, tais como:

- empreitada por preço global;
- empreitada por preço por artigo;
- empreitada preço por medida;
- empreitada por preço por tempo de trabalho;

- empreitada por preço por percentagem.

A empreitada por preço global consiste no facto de o preço ser fixado no momento da celebração do contrato, globalmente para toda a obra. Nesta modalidade, o empreiteiro não pode reclamar se houver um aumento do preço ou alterações autorizadas pelo dono da obra. Se a autorização não for dada por escrito, com a fixação do aumento do preço, o empreiteiro pode apenas pedir uma indemnização por enriquecimento sem causa (artigo 1214.º do Código Civil).

A empreitada por preço por artigo caracteriza-se pelo facto do preço ser fixado por artigo, pelo que o preço final pode variar em função do tipo e quantidade de produtos dos artigos produzidos.

Na empreitada por medida é estabelecida uma tarifa para determinada unidade de medição que vier a ser feita após a conclusão da obra.

A empreitada por preço por tempo de trabalho consiste no facto do preço ser fixado em função do tempo de trabalho, podendo por exemplo ser estipulada uma remuneração diária para o empreiteiro, isto é, o empreiteiro será pago em função do número de dias que tiver demorado a fazer a obra.

Por último, a empreitada por percentagem ou por administração é aquela em que o dono da obra fornece os materiais e paga a mão-de-obra, atribuindo ao empreiteiro uma percentagem sobre o valor dos materiais e do trabalho contratados¹⁹.

O dono da obra tem o dever de verificar e comunicar os resultados da obra ao empreiteiro, tem ainda o ónus de aceitar a obra. A aceitação corresponde a um dever na medida quando dependa o vencimento da obrigação de pagamento do preço.

A verificação é imposta pelo artigo 1218.º, n.º1 do Código Civil, visto que o dono da obra deve certificar que a obra se encontra nas condições que foram acordadas e sem vícios, e qualquer das partes pode exigir que essa verificação seja efectuada por peritos (artigo 1218.º do Código Civil). Nos termos do artigo 1218.º, n.º2 do Código Civil, a verificação está sujeita a um prazo fixada pela lei remetendo para os usos, ou na falta destes, para um período razoável equacionado após o empreiteiro ter colocado o dono da obra em condições de a realizar.

¹⁹ “Cfr. VAZ SERRA, no *BMJ* 145 (1965), pp 62 e ss., PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *op. cit.*, sub art. 1211.º, n.º2, p 874, ROMANO MARTINEZ, *Obrigações*, pp.395 e ss., e PEREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 10, disponível em “*Direito das obrigações – contratos em especial*”, Volume III, 6.ª ed., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, p. 521.

Após a realização da verificação, os resultados da obra devem ser comunicados ao empreiteiro nos termos do artigo 1218.º, n.º4 do Código Civil. A comunicação é um acto jurídico simples, mediante o qual o dono da obra transmite ao empreiteiro o resultado da verificação, ou seja, se a obra se encontra nas condições acordadas e sem vícios, ou se, pelo contrário foi detectado alguma desconformidade ou vício. A falta da comunicação, nos termos do artigo 1218.º, n.º 5 do Código Civil importa do mesmo modo que a falta de verificação, a aceitação da obra. No entanto pode existir uma comunicação provisória, como a de que se iniciou a verificação em determinada data, mas que esta não foi integralmente esclarecedora, sendo necessária a realização de exames complementares²⁰.

A comunicação visa transmitir o resultado da verificação da obra, e não a efectuar a aceitação da obra. No entanto, o dono da obra pode incluir na comunicação essa mesma aceitação, quer expressa quer tácita (no caso do dono da obra confirmar a inteira conformidade da mesma com o plano acordado e a ausência de vícios), nos termos gerias da lei, nos termos do artigo 217.º do Código Civil).

Segundo o disposto no artigo 392.º do CCP, o contrato de empreitada de obras públicas prevê a liquidação do preço, correspondente aos trabalhos medidos, sobre os quais não haja divergência (até à conclusão de todos os trabalhos integrantes da empreitada).

Convém ainda referir que no contrato de empreitada de obras públicas procede-se à verificação da implantação da obra; da exactidão ou erro eventual das previsões do projecto e dos materiais a aplicar; das características dimensionais da obra e em geral, o modo como são executados os trabalhos. Verifica-se ainda, a observância dos prazos estabelecidos e procede-se às medições necessárias que permitem verificar o estado de adiantamento da obra (artigos 387 a 391.º do CCP).

4 – Direitos do empreiteiro – A recepção do preço e o direito de retenção.

O principal direito do empreiteiro é a recepção do preço. O dono da obra pode suspender o pagamento do preço se o empreiteiro não realizar a obra ou se fizer a obra com defeitos.

Se for convencionado o pagamento total ou parcial do preço mas antes da aceitação da obra, o empreiteiro pode invocar a excepção de não cumprimento do contrato no caso de não pagamento prévio do preço na altura convencionada.

²⁰ “ Neste sentido, ROMANO MARTINEZ, *Obrigações*, p.436, disponível em “*Direito das obrigações – contratos em especial*”, Volume III, 6.ª ed., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, p. 523.

«Assim, por exemplo, no caso de o empreiteiro estar a realizar a obra por fases, sendo convencionados pagamentos parciais em cada fase, poderá suspender a realização da obra, caso o dono da obra não lhe pague o preço correspondente à parte já executada (art.428.º do CC)²¹.

Também por força do sinalagma, o empreiteiro poderá resolver o contrato, caso o dono da obra incorra em incumprimento definitivo relativamente à obrigação de pagamento do preço (arts. 801.º, n.º 2 e 808.º do CC)».

Quanto ao valor do contrato de empreitada de obras públicas, o artigo 17.º do CCP diz que o “valor máximo do benefício económico que, em função do procedimento adoptado, pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objecto”, sendo o valor máximo (valor limite) do contrato, resultado de limiares legalmente fixados para cada procedimento.

O termo “benefício económico” é, nos números 2 e 3 do artigo 17.º do CCP, entendido como a soma do preço a pagar pela entidade adjudicante ou por terceiros, o valor de quaisquer contraprestações a efectuar em favor do adjudicatário, o valor das vantagens que decorram directamente para o adjudicatário e que possam ser configuradas como contrapartidas e o valor dos bens móveis que a entidade adjudicante disponibilize ao adjudicatário.

A definição de “valor de contrato”, ao estipular que o benefício económico depende do procedimento adoptado, leva a concluir que é a escolha do procedimento que determina o valor do contrato conforme o disposto no artigo 18º do CCP.

Em relação ao que se entende por “preço base”, o n.º 1 do artigo 47.º do CCP define-o como “o preço máximo que a entidade se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o seu objecto”. Resumindo, é um limite máximo que funciona como fundamento de exclusão das propostas que o ultrapassem e que pode ser fixado pela entidade adjudicante no caderno de encargos.

O “preço base” fixado no caderno de encargos não deve ser superior ao valor do contrato em função do procedimento escolhido [alínea b) do n.º 1º do art.º 47º]; valor máximo até ao qual o órgão competente pode autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar [alínea c) do n.º 1º do art.º 47.º].

²¹ “ Cfr. ROMANO MARTINEZ, *Obrigações*, pp.373 e 376. Na jurisprudência, veja-se Ac. RP 4/11/1991 (MIRANDA GUSMÃO), em *CJ* 16 (1991), 5 pp. 179-182, disponível em “*Direito das obrigações – contratos em especial*”, Volume III, 6.ª ed., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, p. 527”.

O n.º 1 do artigo 97.º do CCP esclarece que o preço contratual é o “preço a pagar, pela entidade adjudicante, em resultado da proposta adjudicada, pela execução de todas as prestações que constituem o objecto do contrato”.

O “preço contratual” surge após adjudicação, uma vez que decorre do preço constante da proposta adjudicada, sendo o preço a pagar à entidade adjudicante.

O “preço contratual” pode coincidir com o “preço base” e com o “valor do contrato”; o “preço contratual” não pode ser superior ao “preço base”, nem ao “valor do contrato”; o “preço base” pode coincidir com o “valor do contrato”, mas não pode ser superior.

A questão de determinar se o empreiteiro goza ou não de direito de retenção sobre coisa móvel ou imóvel – artigos 758.º e 759.º do Código Civil) da obra que constrói tem sido controversa da doutrina.

«A proposta de VAZ SERRA, anteprojecto que esteve na base do Código Civil, contemplava expressamente a atribuição de direito de retenção ao empreiteiro²². Essa proposta não passaria, no entanto, para a versão final do Código, o que leva PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA a sustentar a inexistência de direito de retenção do empreiteiro. Para estes autores, o direito de retenção constitui uma garantia excepcional, pelo que só se poderá aplicar nos casos previstos na lei, sendo que o direito de retenção do empreiteiro não se encontra previsto no art. 755.º, nem se pode considerar incluído no art. 754.º, uma vez que este artigo limita a atribuição do direito de retenção às despesas feitas por causa da coisa ou danos por ela causados, não abrangendo assim a situação do empreiteiro, que reclama antes o preço da empreitada, sendo este um crédito de natureza diferente dos créditos por despesas ou por danos causados²³.

Esta posição é, no entanto, rejeitada pela maioria da doutrina que claramente se pronuncia no sentido da concessão de direito de retenção ao empreiteiro. Argumenta-se neste sentido que o pagamento da empreitada não deixa de construir uma despesa feita por causa da coisa, uma vez que o preço corresponde à contrapartida pela incorporação na obra de

²² “Cfr. PIRES DE LIMA/ ANTUNES VARELA, *op. cit.* II, sub art. 1211.º, n.º 4, p.875 – 876, disponível em “*Direito das obrigações – contratos em especial*”, Volume III, 6.ª ed., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, p. 527”.

²³ “Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, “O direito de retenção no contrato de empreitada”, em *Dir.* 106 – 119 (1974/1987), pp. 13 – 34, FERRER CORREIA/ SOUSA RIBEIRO, “Direito de retenção. Empreiteiro”, em *CJ* 13 (1988), 1, pp. 17 – 23, CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento*, pp. 342 e ss., ROMANO MARTINEZ, *Obrigações*, pp.376 e ss e LUÍS CARVALHO FERNANDES, “Da Subempreitada”, em *DJ* 12 (1998), pp. 79 – 102 (100), disponível em “*Direito das obrigações – contratos em especial*”, Volume III, 6.ª ed., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, p.528”

materiais, trabalho e serviços pelo empreiteiro, sendo que o empreiteiro suporta sempre gastos que inclui na retribuição, para além da sua margem de lucro, não devendo esta, no entanto, ser excluída do direito de retenção, uma vez que não faria sentido autorizar o dono a pagar apenas parte do preço da mesma para receber a obra.

Parece-nos que é esta última posição a correcta, pelo que sustentamos igualmente a atribuição de direito de retenção ao empreiteiro».

Caso não seja pago o preço, o empreiteiro poderá reter a coisa até que o pagamento se realize. O empreiteiro também pode recorrer às acções de defesa da posse, em caso de perturbação e esbulho contra o dono da obra, segundo o artigo 670.º a) e por força do disposto nos artigos 758.º e 759.º, n.º 3 do Código Civil, podendo executar a coisa retida, nos termos do artigo 675.º e consoante o disposto no artigo 758.º e 759.º, todos do Código Civil. O empreiteiro também pode ser pago com preferência sobre os demais credores do devedor segundo o disposto no artigo 666.º e por força dos artigos 758.º e 759.º do Código Civil.

Desde que constituam objecto da empreitada, o direito de retenção do empreiteiro tanto pode incidir sobre coisas da propriedade do dono da obra, como pode incidir sobre coisas da propriedade de terceiro.

«Alguma doutrina tem sustentado que o direito de retenção do empreiteiro não poderia ser exercido sobre coisas da propriedade deste, como acontecerá no caso de coisa móvel com materiais fornecidos pelo empreiteiro (art.1212.º, n.º1), com o argumento de que só há direito de retenção sobre coisa alheia e não sobre coisa própria²⁴».

Na empreitada de obras públicas, podemos concluir através do artigo 392.º, especialmente no n.º 3 do CCP, que pode existir direito de retenção pelo lado do dono da obra no que respeita à liquidação e pagamento dos trabalhos medidos.

5 – Deveres do empreiteiro.

5.1.1 – Realização da obra.

O dever principal do empreiteiro é a realização da obra. Segundo o artigo 1208.º do Código Civil a obra deve ser executada conforme o que foi convencionado, e sem vícios que reduzam ou excluam o valor dela ou a sua aptidão para o uso ordinário ou previsto no contrato. Assim a execução da obra deve respeitar o plano convencionado, incluindo plantas, desenhos ou cadernos de encargos, bem como as regras de construção. Se o plano

²⁴ “Cfr. VAZ SERRA, no *BMJ* 145 (1965), p.56, GALVÃO TELES, *Dir.* 106 – 119 (1974/1987), pp. 21- 22, ROMANO MARTINEZ, *Obrigações*, p. 379 e LUÍS CARVALHO FERNANDES, *DJ* 12 (1988), p.101, disponível em “*Direito das obrigações – contratos em especial*”, Volume III, 6.ª ed., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, p.528”

convencionado tiver erros ou defeitos susceptíveis de por em causa a obra, o empreiteiro não deve executá-lo sem ter em consideração o resultado final, uma vez que «por força da boa fé (art. 762.º, n.º 2), está obrigado a avisar dos defeitos o dono da obra e, ou recusar a empreitada, ou ressaltar expressamente que não se responsabiliza pelo resultado caso o dono da obra continuar a pretender a sua execução naqueles termos²⁵».

No contrato de empreitada de obras públicas o empreiteiro é responsável pela execução ou pela concepção e execução de uma obra pública que se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência da actividade de construção, conforme determina o artigo 343.º do CCP. A execução dos trabalhos obedecerá a um plano conforme o estipulado no artigo 361.º do mesmo diploma e o prazo de execução da obra começa a contar-se da data da consignação ou ainda da data em que o dono da obra comunica ao empreiteiro a aprovação do plano de segurança e saúde conforme definido no artigo 362.º, n.º1 do CCP.

5.1.2 – Fornecimento de materiais e utensílios.

É obrigatório no contrato de empreitada o fornecimento de materiais e utensílios. Esses materiais e utensílios devem vir especificados no contrato. Caso não estejam estipulados a lei estipula no artigo 1211.º, n.º2 do Código Civil que os materiais devem atender às características da obra e não podem ter qualidade inferior à média.

Caso o empreiteiro utilize matérias de qualidade inferior, pode-se considerar a obra defeituosa, independentemente de as partes invocarem outro vício qualquer.

«Se utilizar materiais de qualidade superior, não pode reclamar aumento do preço»²⁶.

No contrato de empreitada de obras públicas os materiais são aqueles que constam de uma lista completa de todas as espécies de trabalhos necessárias à execução da obra e do respectivo mapa de quantidades, conforme o estipulado no artigo 43.º, n.º4, alínea b) do CCP.

Os utensílios são todos aqueles que vierem a ser indicados como meios a serem utilizados pelo empreiteiro no plano de trabalhos de acordo com o artigo 361.º, n.º 1 do CCP.

5.1.3 – Guarda e conservação da coisa.

Se o dono da obra pedir ao empreiteiro para guardar uma determinada coisa, como acontece nas empreitadas de reparação, ou a propriedade da coisa já se tiver transferido para o

²⁵ “Neste sentido, cfr. CUNHA GONÇALVES, *Contratos*, p.157, disponível em “*Direito das obrigações – contratos em especial*”, Volume III, 6.ª ed., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, p. 530”.

²⁶ “Cfr. PEREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, pp.33-34, disponível em “*Direito das obrigações – contratos em especial*”, Volume III, 6.ª ed., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, pp. 530-531”.

dono da obra, nas empreitadas de construção, sem que a coisa lhe tenha sido entregue (art.1212.º do Código Civil), o empreiteiro fica vinculado à guarda e conservação da coisa perante o dono da obra, nos mesmos termos do contrato de depósito.

Nas empreitadas de obras públicas, existe a figura da “consignação da obra”, prevista nos artigos 355.º a 360.º do CCP, onde se conclui que o empreiteiro tem o dever de conservar o espaço onde se vai realizar a obra.

5.1.4 – Entrega da coisa.

Salvo se o dono da obra desistir, após a conclusão da obra o empreiteiro tem como obrigação entregar a coisa.

«Em relação ao prazo, não havendo prazo estipulado para a obrigação, esta deverá considerar-se pura, pressupondo a interpelação do dono da obra para a entrega²⁷. Em princípio essa interpelação só poderá ocorrer simultaneamente ou após a aceitação da obra, salvo se as partes tiverem convencionado a sua recepção provisória».

No contrato de empreitada de obras públicas, a “entrega” da obra só é possível com a elaboração de um auto de recepção provisória que é assinado pelas duas partes de acordo com os requisitos do artigo 395.º do CCP.

6- Vicissitudes do contrato de empreitada

6.1- Alterações ao plano convencionado.

O artigo 1208º do Código Civil estabelece que a obra deve ser executada “em conformidade com o que foi convencionado”. No entanto, admite-se que possam surgir imprevistos que impliquem alterações à obra, ou que o dono da obra, no decorrer da mesma, resolva executar modificações ao plano inicialmente acordado pelas partes. Consideram-se alterações as transformações que não modificam a natureza e que não têm autonomia em relação à obra convencionada.

Estas alterações podem, assim, ter diferentes causas: ou surgem por iniciativa do empreiteiro, ou se configuram como necessárias, ou são exigidas pelo dono da obra. O Código Civil trata destas questões nos artigos 1214º, 1215º e 1216º, respectivamente

²⁷ “ Em sentido diferente, PEREIRA DE ALMEIDA, *op.cit.*, pp. 34-35, refere que, na falta de estipulação de prazo, a obrigação de entrega vence-se no momento da aceitação da obra. Essa solução implicaria, no entanto, que o risco se transferisse para o empreiteiro com a não entrega após a aceitação (cfr. art. 807.º, n.º 2), o que é incompatível com o art. 1228.º. Pelo contrário, ROMANO MARTINEZ, *Obrigações*, p.385. sustenta a aplicação do art. 777.º, n.º 2, á obrigação de entrega, o que não nos parece correcto, pois apenas a realização da obra é uma obrigação de prazo natural, não acontecendo o mesmo com a sua entrega, disponível em “*Direito das obrigações – contratos em especial*”, Volume III, 6.ª ed., de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, página 530-531”.

6.2- Alterações da iniciativa do empreiteiro.

O artigo 1214.º, n.º1 Código Civil diz que “o empreiteiro não pode, sem autorização do dono da obra, fazer alterações ao plano convencionado”, ou seja, contempla as alterações proibidas e não autorizadas pelo empreiteiro. Já o n.º 2 do mesmo artigo considera que caso o empreiteiro viole esta proibição, a lei considera a obra defeituosa, mesmo que efectivamente não seja.

Conclui-se que o empreiteiro deve realizar a obra em estreita concordância e aproximação ao que foi acordado entre este e o dono da obra.

A razão de ser desta norma é a de proteger o dono da obra de uma possível actuação abusiva do empreiteiro propenso a elevar o custo da obra. Evita-se que o empreiteiro coloque o dono da obra perante o facto consumado e se aproveite da inexperiência deste último.

O regime aplicável será diferente consoante o dono da obra autorize ou não as alterações da iniciativa do empreiteiro.

6.3 - Alterações necessárias.

O regime das alterações necessárias encontra-se previsto no artigo 1215.º do Código Civil e engloba os casos em que a execução da obra impõe, em consequência de direitos de terceiro ou de regras técnicas, que sejam realizadas alterações ao plano convencionado. «Não se abrange aqui o facto de se ter tornado mais onerosa ou difícil a execução da obra, caso em que o empreiteiro apenas poderá suscitar a questão das circunstâncias (arts. 437.º e ss.).²⁸»

Perante uma situação de alterações necessárias as partes devem estabelecer por acordo quais são as alterações a efectuar e em que termos ocorrerão.

6.4 - Alterações exigidos pelo dono da obra.

Nos termos do n.º 1 do artigo 1216.º do Código Civil existe a possibilidade do dono da obra “exigir que sejam feitas alterações ao plano convencionado, desde que o seu valor não exceda a quinta parte do preço estipulado e não haja modificações da natureza da obra”.

Esta disposição constitui uma excepção ao artigo 406.º, n.º1 CC, uma vez que permite a modificação de um contrato através de uma manifestação unilateral de vontade.

²⁸ Cfr. MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. “Direito das obrigações – contratos em especial”. Volume III, 6.ª ed., Almedina, 2009, p.537.

6.5 – Alterações posteriores à entrega e obras novas.

O artigo 1217.º do Código Civil engloba as situações em que os trabalhos vão para além da relação de empreitada estabelecida entre as partes, ou porque essa relação extinguiu-se definitivamente com a entrega da obra ou porque a obra efectuada não tem correspondência com o conteúdo do contrato em vigor entre as partes, ou seja, obras novas. «Tratando-se de obras novas está-se perante um novo contrato sujeito ao regime geral respectivo²⁹».

Assim, segundo o n.º1 do artigo já mencionado constituem obras novas ou trabalhos extracontratuais aqueles que, tendo embora alguma relação com a obra originária, todavia não só são necessárias para a realizar, como não podem considerar-se parte dela.

Constituem alterações à obra inicialmente contratada as simples modificações das modalidades da obra, como por exemplo, o tipo da obra, qualidade ou origem dos materiais utilizados.

7 - Extinção do contrato de empreitada.

7.1 - A impossibilidade de cumprimento e o risco pela perda ou deterioração da obra.

Nos termos do Código Civil, nomeadamente no artigo 790.º concluímos que uma das causas genéricas de extinção das obrigações é a impossibilidade superveniente da prestação. Esta causa também se aplica ao contrato de empreitada.

Assim, segundo o artigo 1227.º do Código Civil, o contrato de empreitada “ Se a execução da obra se tornar impossível por causa não imputável a qualquer das partes, é aplicável o disposto no artigo 790.º; tendo porém havido começo de execução, o dono da obra é obrigado a indemnizar o empreiteiro do trabalho executado e das despesas realizadas.”

Já ao contrário da impossibilidade de cumprimento, no risco pela parte ou deterioração da obra continua a ser possível efectuar a realização da obra, mas esta, ou a parte da mesma já é realizada, vem a ser objecto de perda ou deterioração, havendo que determinar qual das partes deve suportar o correspondente prejuízo.

O artigo 1228.º do Código Civil estabelece que “se por causa não imputável a qualquer das partes, a coisa parecer ou se deteriorar, o risco corre por conta do proprietário.”

No entanto, o risco corre por conta do dono da obra se este estiver em mora quanto à verificação ou aceitação da coisa.

²⁹ “RP, 9-7-1975: *BMJ*, 251. º - 208. º”

7.2 – Desistência do dono da obra.

De acordo com o artigo 1229.º do Código Civil, “ o dono da obra pode desistir da empreitada a todo o tempo, ainda que tenha sido iniciada a sua execução, contanto que indenize o empreiteiro dos seus gastos e trabalho e do proveito que poderia tirar da obra.

Segundo Menezes Leitão «trata-se de uma solução curiosa, uma vez que embora se admita a extinção do contrato por determinação apenas de uma das partes, em derrogação ao art. 406.º, não deixa de existir uma obrigação de indemnizar a outra parte pelo interesse contratual positivo³⁰».

Conclui-se assim, o dono da obra tem o direito de, em qualquer momento, desistir da empreitada, desde que indenize o empreiteiro.

7.3 – Morte ou incapacidade do empreiteiro.

Conforme o estipulado no artigo 1230.º, n.º 1 do Código Civil conclui-se que se o contrato foi feito tendo em conta as qualidades de certa pessoa, pode ser rescindido por morte dela. Assim tem-se em vista, não um resultado qualquer, mas o resultado concreto que a actividade do empreiteiro pode proporcionar.

Refere o n.º 2 que “ extinto o contrato por morte ou incapacidade do empreiteiro, considera-se a execução da obra como impossível por causa não imputável a qualquer das partes”.

Capítulo 3- ALTERAÇÃO DO CONTRATO/ A QUESTÃO DOS TRABALHOS A MAIS.

1 - Contrato de empreitada de obras públicas.

1.1 – Principais alterações no actual regime jurídico (CCP).

A abrir o Título II da Parte III do Código dos Contratos Públicos - Lei n.º 18/2008 de 29 de Janeiro - («Contratos em especial») encontra-se no capítulo referente ao contrato de empreitada de obras públicas – que se mantém, como um contrato administrativo por determinação da lei – através de uma redução do Título IV («Execução da empreitada») de contrato de empreitadas de obras públicas do Decreto – Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

³⁰ “Cfr. Ac. STJ 30/6/1970 (Eduardo Correia Guedes), na *RLJ* 104 (1971), pp. 201- 204, com anotação de VAZ SERRA, a pp. 204- 208, in MENEZES LEITÃO DE, Luís Manuel, “*Direito das Obrigações, Contratos em especial*”, Volume III. 6.º ed, Almedina, Abril 2009.

“Essa redução foi fruto, em primeiro lugar, de se considerar uma solução menos boa a disciplina minuciosa do contrato de empreitadas de obras públicas, como vem sendo tradicional entre nós há várias décadas. Essa disciplina minuciosa contribui para a cristalização de um regime que se deveria pretender dinâmico, transformou a lei em «contrato normativo» e, sobretudo, retirou aos sujeitos das relações contratuais um espaço de decisão que deveria ser deles por excelência. A redução operada resulta ainda, em segundo lugar, da ideia rectora do CCP, particularmente do objectivo de o construir sobre títulos e capítulos equilibrados e com uma estrutura tão homogênea quanto possível e, ainda, do objectivo de remeter para a respectiva parte geral (Título I da Parte III) tudo o que se deva considerar próprio da teoria geral dos contratos públicos e não tanto exclusivo dos contratos de empreitadas de obras públicas.”

Como já foi referido ao longo deste trabalho, a empreitada de obras públicas à luz do actual Código dos Contratos Públicos, é um “contrato oneroso que tem por objecto quer a execução quer, conjuntamente, a concepção e a execução de uma obra pública que se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência na actividade de construção.” (artigo 343.º, n.º1 do CCP).

Assim, no que diz respeito às principais “linhas de força” do capítulo das empreitadas de obras públicas podemos salientar:

- o “abandono da tradicional tricotomia « empreitada por preço global, por série de preços ou por percentagem», sem prejuízo de a entidade adjudicante poder desenhar as empreitadas com qualquer desses figurinos”;
- a “clarificação do mecanismo de representação das partes e reforço dos poderes do director de fiscalização da obra (antigo « fiscal da obra»)”;
- a “uniformização do regime de garantias administrativas do empreiteiro relativamente a eventos que devam ser formalizados em auto”;
- a “previsão de um observatório das obras públicas, ainda que dependente de lei especial que o crie e discipline, através do qual se monitorizarão os aspectos mais relevantes da execução dos contratos de empreitada de obras públicas”;
- a “consagração da regra que incumbe ao dono da obra (e no caso de empreitadas integradas em concessões, ao concedente, salvo estipulação em contrário), o procedimento administrativo de expropriação, constituição de servidões e ocupação de prédios necessários à execução dos trabalhos, ficando igualmente sob a sua responsabilidade o pagamento das indemnizações devidas”;

- a “previsão da regra segundo a qual as expropriações devem estar concluídas, na sua totalidade, antes da celebração do contrato, salvo quando o número de prédios a expropriar associado ao prazo de execução da obra tornem esta obrigação manifestamente desproporcionada”;

- a “circunscrição dos casos em que se admite consignação parcial”;

- a “racionalização por via de limitações acrescidas por comparação com o que resultava do Decreto – lei n.º 59/99, de 2 de Março, do regime dos trabalhos a mais, que passam a depender de pressupostos mais apertados e deixam de incluir os trabalhos necessários ao suprimento de erros e omissões”;

- a “redefinição do regime da responsabilidade por erros e omissões, que passa a assentar na regra de que o empreiteiro assume a responsabilidade quando tenha a obrigação contratual ou pré-contratual de elaborar o programa ou o projecto de execução, excepto quando aqueles erros ou omissões sejam induzidos pelos elementos elaborados ou disponibilizados pelo dono da obra que passa a variar consoante se trate de defeitos relativos a elementos construtivos estruturais (10 anos), a elementos construtivos não estruturais ou a instalações técnicas (5 anos) ou a equipamentos afectos à obra mas dela autonomizáveis (2 anos)”;

- a “previsão de um relatório final da obra”;

- e “a clarificação do regime de extinção do contrato pelo dono da obra e pelo empreiteiro.”

Não se pode deixar de referir que a disciplina do contrato de empreitada de obras públicas beneficia ainda das “ linhas de força do regime substantivo geral dos contratos administrativos” que se encontra no Título I da Parte III do CCP.

2 - A importância e a evolução histórica dos trabalhos a mais a nível nacional.

Através da INCM (Imprensa Nacional da Casa da Moeda) e através do site do Diário da República (<http://www.dre.pt>) podemos aceder a legislação muito importante para o estudo das obras públicas em Portugal e que nos ajuda a fazer uma breve resenha da história dos trabalhos a mais que considero importante, na medida em que na actualidade é um procedimento de contratação de empreitadas de obras públicas e prestação de serviços no sector público cada vez mais utilizado.

Assim, recuando no tempo vamos analisar a Portaria de 28 de Abril de 1887 que estabelece as novas cláusulas e condições gerais para as Empreitadas das Obras Públicas em que «surge a primeira referência a trabalhos a mais, no entanto não existe definição dos

mesmos, para além do que é perceptível através do artigo 40.^{o31}» que dizia que: “O aumento ou diminuição no custo da obra contratada, que resultar das alterações a que se referem os artigos 38.º e 39.º, será adicionado à importância primitiva da empreitada ou diminuído dela, sendo as obras ou trabalhos a mais ou menos avaliados na proporção do preço da empreitada, e segundo as bases da medição e da série de preços do respectivo projecto”.

Onze anos mais tarde surge o Decreto de 9 de Maio de 1906, que prescreve a Portaria de 28 de Abril de 1887 e que substitui por outras as cláusulas e fornecimentos de Obras Públicas mas em nada se refere em concreto aos trabalhos a mais.

Entre o Decreto de 9 Maio de 1906 que foi emanado nos finais da Monarquia até à sua revogação por um novo diploma, decorreram sessenta e três anos, que se estenderam até ao período final do Estado Novo, e que corresponderam a um tempo de grande dinâmica industrial e tecnológica, que teve uma correspondente expansão no sector da construção.

Surge então, o Decreto-Lei n.º 48871, de 19 de Fevereiro de 1969 que «apresenta-se com uma estrutura diferente à dos anteriores. Aliado a essas alterações apresentam-se outras mais significativas: existe uma preocupação clara na definição dos termos técnicos; utilizam-se termos globais sem se recorrer a particularizações um tanto ou quanto desnecessárias e referem-se planos de execução³²».

Quanto à empreitadas por preço global ou série de preços sobre trabalhos a mais, o artigo 22.º que estabelecia o regime da execução de trabalhos a mais dizia que: “ 1. O empreiteiro é obrigado a executar trabalhos a mais ou de espécie diversa dos previstos no contrato desde que se destinem à realização da mesma empreitada (...) ”

Já o artigo 27.º que estabelecia o regime do direito de rescisão por parte do empreiteiro dizia: ”1. Quando o valor acumulado dos trabalhos a mais ou a menos (...) atingir o quinto do preço da adjudicação, terá o empreiteiro o direito de rescindir o contrato; 2. O empreiteiro tem também o direito de rescisão sempre que da variante ou alteração ao projecto provindas do Dono da Obra resulte substituição de trabalhos incluídos no contrato por outros de espécie diferente, embora destinados ao mesmo fim, desde que o valor dos trabalhos substituídos represente um quarto, pelo menos, do valor total da empreitada.”

Abrangendo todos os tipos de empreitadas refere-se a questão dos prazos na ocorrência de trabalhos a mais o artigo 126.º no seu n.º 2 refere que “sempre que por imposição do dono de obra ou em virtude de deferimento por reclamação do empreiteiro haja

³¹ Dissertação de mestrado em Engenharia Civil da Universidade técnica de Lisboa. Disponível em: <https://dspace.ist.utl.pt/bitstream/2295/250294/1/Tese%20Final.pdf>.

³² Dissertação de mestrado em Engenharia Civil da Universidade técnica de Lisboa. Disponível em: <https://dspace.ist.utl.pt/bitstream/2295/250294/1/Tese%20Final.pdf>.

lugar à execução de trabalhos a mais, o prazo contratual para a conclusão da obra será prorrogado a requerimento do empreiteiro na proporção do valor desses trabalhos relativamente ao valor da empreitada.”

Deste modo, depois do 25 de Abril de 1974 Portugal entra na Comunidade Económica Europeia em 1 de Janeiro de 1986. O Decreto-Lei n.º 235/86 de 18 de Agosto «para além de ter de se adaptar à realidade e legislar para o Futuro» teve «a necessidade de adaptar a legislação nacional às novas exigências e padrões comunitários³³». Para as empreitadas de Obras Públicas, estavam em questão as Directivas 71/304/CEE e 71/305/CEE, do Conselho de 26 de Julho.

Assim, o Decreto-Lei n.º 235/86 no que diz respeito aos trabalhos a mais não estabelece alterações à legislação anterior. Mas, posteriormente, o Decreto-Lei n.º 320/90, de 15 de Outubro, refere no seu artigo 27.º a execução de obras complementares: “1. Serão consideradas obras complementares todas aquelas que se tenham tomado necessárias na sequência de uma circunstância imprevista à execução da obra:

a) Quando essas obras não possam ser técnica ou economicamente separadas do contrato da empreitada principal, sem inconveniente grave para as entidades adjudicantes;

b) Quando essas obras, ainda que separáveis da execução do contrato inicial, sejam estritamente necessárias ao seu acabamento sempre que por imposição do dono de obra ou em virtude de deferimento por reclamação do empreiteiro haja lugar à execução de trabalhos a mais, o prazo contratual para a conclusão da obra será prorrogado a 13 requerimento do empreiteiro na proporção do valor desses trabalhos relativamente ao valor da empreitada.

c) Nos casos previstos no número anterior e sempre que o montante daquelas exceda 50% do valor da adjudicação, o dono da obra procederá à abertura de novo concurso (...)”

O termo “obras complementares”, até então não existente juridicamente, passa a estar estipulado na Directiva Comunitária 71/305/CEE do Conselho, de 26 de Julho de 1971.

Deste modo, em 1989 surge a Directiva Comunitária 89/440/CEE, do Conselho, de 18 de Julho fazendo a transposição da Directiva Comunitária 71/305/CEE e passados sete anos surge o Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro. Consagra no seu artigo 26.º a execução de trabalhos a mais e que estabelece uma definição que diz: “1. São considerados trabalhos a mais aqueles cuja espécie ou quantidade não houverem sido incluídos no contrato, se destinem à realização da mesma empreitada e se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista à execução da obra:

³³ Dissertação de mestrado em Engenharia Civil da Universidade técnica de Lisboa. Disponível em: <https://dspace.ist.utl.pt/bitstream/2295/250294/1/Tese%20Final.pdf>.

a) Quando esses trabalhos não possam ser técnica ou economicamente separados do contrato da empreitada principal, sem inconveniente grave para as entidades adjudicantes;

b) Quando esses trabalhos, ainda que separáveis da execução do contrato inicial, sejam estritamente necessários ao seu acabamento.

2. Estes trabalhos são realizados pelo adjudicatário, não podendo o seu montante exceder 50% do valor da adjudicação (...) ”

A definição de “obras complementares” extingue-se e passa a ser adoptada a definição por “trabalhos a mais”.

Passados cinco anos e poucos meses surge o Decreto - Lei n.º 405/93. A necessidade passa pelo facto de o do Decreto-Lei n.º 405/93 não contemplar o processo de adjudicação da Directiva Comunitária 93/37/CE de 14 de Junho, para além de outras medidas que se achavam necessárias introduzir no mercado.

Surge então, a 2 de Março de 1999, o Decreto – Lei n.º 59/99 de 2 de Março.

Deste modo, a jurisprudência da 1.ª Secção Do Tribunal de Contas refere que «o artigo 26º do Decreto-Lei nº 59/99, de 2 de Março, diploma que define o Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (RJEOP) estabelece que se consideram ”*trabalhos a mais*”³⁴ *aqueles cuja espécie ou quantidade não hajam sido previstos ou incluídos no contrato, nomeadamente no respectivo projecto, se destinem à realização da mesma empreitada e se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista...*”».

Convém esclarecer que, a 1.ª Secção do Tribunal de Contas tem entendido em inúmeros acórdãos que “circunstância imprevista” é aquela circunstância em que “*um decisor normal, colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto*” e donde decorre que apenas poderão ser considerados trabalhos a mais aqueles cuja necessidade fosse impossível de prever aquando do lançamento do concurso».

Tal como referido no Acórdão n.º 8/2004 – 8 de Junho - 1ªS/Pl , “*essa circunstância imprevista é verdadeiramente nuclear para a “legalização” dos “trabalhos a mais”*”. Mais refere o Tribunal que “*não pode fazer-se dos “trabalhos a mais” um instrumento de utilização sistemática e sem outro condicionamento que não o simples limite qualitativo...*”.

Fica assim claro que, para além dos aspectos relativos ao respeito pelo limite quantitativo imposto pelo legislador nacional para que os trabalhos a mais possam ter cobertura legal, importa ainda ponderar se os demais requisitos legais foram ou não preenchidos».

³⁴ Disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/publicacoes/juris-op.shtm>.

O sucessor do Decreto-Lei n.º 59/99 demorou nove anos a entrar em vigor. Com aprovação prevista para Outubro de 2006, só ocorrida a 1 de Janeiro de 2008, entra em vigor a 30 de Julho de 2008 o Código de Contratação Pública (CCP). Documento esperado com grande expectativa e anunciado de trazer grandes mudanças à contratação pública. Transpõe as Directivas Comunitárias 2004/17/CE e 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março.

Por último surge o Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro - o actual Código dos Contratos Públicos que no seu artigo 370.º n.º1 define trabalhos a mais como:” aqueles cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato e que:

a) Se tenham tornado necessários à execução da mesma obra na sequência de uma circunstância imprevista; e

b) Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objecto do contrato sem inconvenientes graves para o dono da obra ou, embora separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão da obra.”

Para além disso o actual CCP prevê uma maior “racionalização por via de limitações acrescidas por comparação com o que resultava do Decreto – Lei n.º 59/99, de 2 de Março, do regime dos trabalhos a mais, que passam a depender de pressupostos mais apertados e deixam de incluir os trabalhos necessários ao suprimento de erros e omissões”

3- Definição e regime jurídico dos trabalhos a mais.

O Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, que estabelecia o regime do contrato administrativo de empreitada de obras públicas surgiu pela necessidade de se proceder a uma revisão global do Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro, visto que este último diploma não contemplava, de forma adequada as medidas relativas à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas adoptadas pela Directiva nº 93/37/CE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993 e por outro lado, era igualmente necessário proceder à transposição da Directiva n.º 97/52/ CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997.

Entre vários aspectos integrados no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, considerados relevantes, salienta-se na alínea 11) do ponto I do preâmbulo, o seguinte objectivo que passamos a transcrever: “ um regime relativo ao «controlo de custos de obras públicas», o que implica uma restrição muito significativa da possibilidade da execução de trabalhos que envolvam aumento de custos resultantes, designadamente, de trabalhos a mais e

erros ou omissões do projecto, instituindo-se mecanismos de controlo das condições em que tais trabalhos possam ser autorizados”.

Neste diploma, o artigo 26.º sobre a execução de trabalhos a mais apresenta sobre os mesmos a seguinte definição:

1- Consideram-se trabalhos a mais aqueles cuja espécie ou quantidade não hajam sido previstos ou incluídos no contrato, nomeadamente no respectivo projecto, se destinem à realização da mesma empreitada e se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista, desde que se verifique qualquer das seguintes condições:

a) Quando esses trabalhos não possam ser técnica ou economicamente separados do contrato, sem inconveniente grave para o dono da obra;

b) Quando esses trabalhos, ainda que separáveis da execução do contrato, sejam estritamente necessários ao seu acabamento.

Cabe aqui referir que o ponto dois deste artigo, impõe com carácter de obrigatoriedade, a execução de trabalhos a mais por parte do empreiteiro desde que lhe sejam ordenados por escrito pelo dono da obra e o fiscal da obra lhes forneça os planos, os desenhos, perfis, mapa da natureza e volume dos trabalhos e demais elementos técnicos indispensáveis para a sua perfeita execução e para a realização das medições.

Contudo, a obrigação cessa se o empreiteiro optar pelo exercício do direito de rescisão ou quando os trabalhos a mais forem de espécie diferente dos previstos no contrato e o empreiteiro alegue que não possui os bens materiais nem os meios humanos indispensáveis à execução de tais trabalhos.

Assim, a execução de trabalhos a mais, no anterior regime do contrato administrativo de empreitadas de obras públicas pressupunha que o empreiteiro fosse notificado por escrito pelo dono da obra e recebesse por parte da fiscalização um projecto de alteração no qual, em princípio, não deviam constar preços diferentes dos contratuais ou anteriormente acordados para trabalhos da mesma espécie, caso esses trabalhos fossem executados nas mesmas condições dos previstos no contrato.

Além disso, a execução dos trabalhos a mais implicava a formalização de um contrato adicional ao contrato da empreitada.

Por outro lado, o artigo 27.º definia as condições em que poderiam ser executados trabalhos a mais de espécie diversa dos que constavam no contrato. O procedimento para execução de trabalhos a mais de espécie diversa dos que constavam no contrato começava pela apresentação por parte do empreiteiro de uma lista de preços novos, no prazo de quinze dias a contar da data de recepção da ordem de execução de trabalhos.

O empreiteiro poderia pedir a prorrogação para apresentação dessas listas de preços, por um prazo idêntico, caso a complexidade do projecto de alteração assim o justificasse.

A decisão do dono da obra sobre a aceitação da lista de novos preços poderia atingir um período máximo de trinta dias, implicando a falta de decisão no primeiro período de quinze dias a aceitação dos preços apresentados pelo empreiteiro.

A não aceitação dos preços propostos pelo empreiteiro, por parte do dono da obra tinha que ser transmitida dentro do prazo legal, no entanto, o empreiteiro teria de mencionar os trabalhos de espécie diversa dos que constavam no contrato, com base nos preços indicados pelo dono da obra, até que houvesse acordo sobre a totalidade ou parte dos preços, ou estes se encontrassem fixados por arbitragem através de três peritos, sendo um designado pelo dono da obra, outro pelo empreiteiro e o terceiro por consenso entre ambas as partes e, em caso de desacordo, pelo extinto Conselho Superior de Obras Públicas e Transportes.

Finalmente, quando os preços definitivos ficassem determinados por acordo, por arbitragem ou por via judicial, haveria lugar à correcção dos preços para as diferentes qualidades de trabalhos e ao pagamento das diferenças existentes em relação aos trabalhos já executados, bem como ao pagamento do respectivo juro calculado a uma taxa fixada por despacho conjunto do Ministro das Finanças e do Ministro responsável pelo sector das obras públicas.

Nesta altura da análise das disposições sobre a execução de trabalhos é importante que se examine o espírito do artigo 30.º sobre alterações propostas pelo empreiteiro, englobado no capítulo III relativo às disposições comuns às empreitadas por preço global e por série de preços e os artigos 26.º e 27.º objecto de anterior abordagem.

Em qualquer momento dos trabalhos, o empreiteiro poderia propor ao dono da obra variantes ou alterações ao projecto relativamente a parte ou as partes dele ainda não executadas.

As variantes ou alterações deviam obedecer ao disposto no diploma sobre os projectos de alteração ou variantes apresentadas pelo empreiteiro (n.º 2).

O dono da obra poderia até ordenar a execução dos trabalhos incluídos na variante ou alteração de projecto apresentada pelo empreiteiro e objecto de aprovação pelo dono da obra desde que aceitasse o preço global ou os preços unitários propostos pelo empreiteiro ou sobre os quais chegasse a acordo após negociação.

A leitura atenta do ponto 3 do artigo 30.º leva-nos a concluir que apenas excepcionalmente as variantes ou alterações do projecto, apresentadas pelo empreiteiro, sobre

parte ou partes dele ainda não executadas, se traduziriam em soluções vantajosas para o dono da obra.

A norma tinha subjacente uma lógica de bonificação do proponente da variante ou alteração de projecto, aprovado: "Se da variante ou alteração aprovada resultar economia, sem decréscimo da utilidade, duração e solidez da obra, o empreiteiro terá direito a metade do respectivo valor". Ou seja, em relação às menores valias associadas à execução dos trabalhos, o Estado beneficiaria em termos de custos de apenas metade do valor dessa economia.

O seu espírito insere-se no objectivo, nobre, de controlo de custos das obras públicas.

No entanto, considero que na situação extrema de a proposta de variante ou alteração de projecto ter ocorrido logo após o início das actividades integradas na empreitada, o valor da variante ou alteração de projecto deveria ser indexado ao valor do projecto de execução colocado a concurso, visto que o investimento do empreiteiro no estudo e concepção de uma variante ou alteração de projecto só deveria ser comensurável com os custos da prestação de serviços relativa ao projecto de execução colocado a concurso.

Assim, considero também que a menor valia da solução associada à variante ou alteração de projecto deveria traduzir-se num benefício para o erário público, de forma exclusiva, dentro do objectivo de controlo de custos das obras públicas.

O artigo 30.º era ainda omissivo em relação às mais-valias que adviessem da aprovação da variante ou alteração de projecto, apresentado pelo empreiteiro, mantendo ou melhorando a qualidade técnica da empreitada em termos de garantia da utilidade, duração e solidez da obra.

Ainda relacionado com a apresentação de variantes ao projecto, convém analisar-se de forma mais cuidada as normas específicas do antigo regime administrativo das empreitadas de obras públicas.

Segundo o artigo 12.º, o dono da obra posta a concurso poderia autorizar, mediante declaração expressa constante do respectivo programa, que os concorrentes apresentassem variantes ao projecto ou a parte dele, com a condição de a variante apresentar o mesmo grau de desenvolvimento do projecto posto a concurso. A variante era apresentada conjuntamente com a proposta para a execução da empreitada de acordo com o caderno de encargos do concurso.

A proposta da variante apresentada e aprovada substituíria para todos os efeitos o projecto do dono da obra, o seu todo ou na parte respectiva.

Assim, a interpretação do artigo 12.º sobre variantes ao projecto do dono da obra leva-nos a concluir que a sua apresentação era autorizada durante o período de concurso, ou seja,

ainda antes da adjudicação dos trabalhos integrados na empreitada. Então, o prazo previsto para a apresentação de variantes ao projecto não estava coerente com o ponto 1 do artigo 30.º em que se permitia que em qualquer momento dos trabalhos, o empreiteiro pudesse propor ao dono da obra variantes ou alterações ao projecto relativamente à parte ou partes dele ainda não executadas.

Por outro lado, no artigo 16.º sobre o valor das alterações do projecto lia-se o seguinte: “ A importância dos trabalhos a mais ou a menos que resultar de alterações ao projecto será respectivamente adicionada ou diminuída ao valor da adjudicação”.

Assim, em termos gerais, independentemente das alterações do projecto serem indicadas pelo dono da obra ou propostas pelo empreiteiro e aprovadas pelo dono da obra, sempre que haja economia determinada por trabalhos a menos, a respectiva importância seria diminuída do valor da adjudicação.

Entendo que não há consistência entre a dedução total da importância dos trabalhos a menos ao valor da adjudicação determinada no artigo 16.º e a dedução de apenas 50% do valor da economia resultante de variante ou alteração de projecto, proposta pelo empreiteiro e, objecto de posterior aprovação pelo dono da obra, conforme se lia no ponto 3 do artigo 30.º.

No que respeita aos trabalhos a mais havia ainda lugar à apresentação dos mesmos para suprimimento de erros e omissões, que deveriam ser reclamados no prazo de sessenta e seis dias, ou no que fosse para o efeito estabelecido no caderno de encargos, contados a partir da data da consignação da obra, mas nunca inferior a quinze dias. O prazo para detecção de erros e omissões poderia ainda ser alargado de forma subsequente por mais onze dias, caso o adjudicatário conseguisse demonstrar que lhe tinha sido impossível a detecção de erros ou omissões dentro do prazo estipulado no caderno de encargos.

Finalmente, para que mais adiante se possa estabelecer o contraponto com o actual Código dos Contratos Públicos torna-se necessário referir os limites legais para autorização de execução de trabalhos a mais definido no Capítulo V – Controlo de custos das obras públicas – citado Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

Assim, segundo o artigo 45.º n.º1 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, o valor acumulado dos trabalhos a mais durante a execução de uma empreitada não poderia, em caso algum exceder 25% do valor do contrato dessa empreitada de obra pública.

Era igualmente definido no artigo 45.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, como critério de controlo de custos das obras públicas, que nos casos em que o valor acumulado dos trabalhos a mais excedesse 15% do valor do contrato de uma empreitada, ou

se aquele valor acumulado dos trabalhos a mais fosse igual ou superior a um milhão de contos (aproximadamente cinco milhões de euros), a entidade competente para a realização da despesa inicial, inscrita no contrato, só poderia autorizar de forma supletiva a realização da nova despesa referente a trabalhos a mais mediante a apresentação da proposta por parte do dono da obra, devidamente instruída, com um estudo técnico-financeiro realizado por entidade externa e independente, fundamentando as causas e o valor da nova despesa.

No entanto, no n.º 3, do artigo 45.º o legislador criou uma condição de excepção ao dono da obra, quanto à apresentação da proposta devidamente fundamentada e instruída com estudo realizado por entidade externa e independente. Quando o valor acumulado dos trabalhos a mais excedesse 15% do valor do contrato da empreitada, permitia que nos casos em que o valor acumulado dos trabalhos a mais fosse igual ou inferior a meio milhão de contos (aproximadamente dois milhões e quinhentos mil euros) que, se dispensasse a entidade competente para autorizar a despesa resultante do contrato inicial de qualquer justificação sobre o suprimento dos trabalhos a mais.

Tal disposição excepcional significava que nas empreitadas de obras públicas cuja despesa resultante do contrato inicial fosse igual ou inferior a 3.333.333 (três milhões, trezentos e trinta e três mil e trezentos e trinta e três contos), nas quais o valor acumulado dos trabalhos a mais fosse excedentário em relação a 15% do valor contratual mas inferior ou igual a quinhentos mil contos haveria, sem justificação aparente, dispensabilidade dos trâmites de parecer fundamentado para a realização da nova despesa e, portanto, no meu entender o legislador acabou por diminuir a eficácia do controlo de custos das obras públicas consignada no texto do n.º 2 do artigo.

Acresce que, para efeitos de cálculo do montante global dos valores acumulados das situações de trabalhos a mais, eram ainda acrescidos os custos decorrentes do incumprimento das disposições legais e regulamentares aplicáveis por parte do dono da obra e só então se verificava se o montante global excedia 15% do valor do contrato, ou se tal valor era igual ou superior a um milhão de contos.

Finalmente, o artigo 46.º daquele regime do contrato administrativo de empreitadas de obras públicas definia que a aplicação das medidas de controlo de custos seria objecto de acções (inspectivas) anuais, a realizar por entidades competentes, que viessem a ser aprovadas pelo ministro da tutela, bem como de regular acompanhamento por parte do Instituto dos Mercados de Obras Públicas e Particulares e do Imobiliário, que doravante IMOPPI.

4- Comparação entre o antigo e o actual regime dos erros e omissões.

Volvidos cerca de nove anos, em 29 de Janeiro de 2008, foi publicado no Diário da República, 1ª série, o Decreto-Lei n.º 18/2008 que aprovando o novo Código dos Contratos Públicos (CCP) e estabelecendo a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo.

Este diploma entrou em vigor seis meses após a data da sua publicação e o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março foi revogado integralmente a partir daquele prazo, por inclusão na norma revogatória definida no artigo 14.º, n.º 1 alínea d) do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro. Tendo o artigo 18.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, revogado os artigos 260º a 264º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, que produzia efeitos no dia seguinte ao da publicação daquele diploma, não sendo os mesmos aplicáveis a contratos já celebrados, sem prejuízo dos processos de conciliação pendentes àquela data.

O Código dos Contratos Públicos procede a transposição das Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, alteradas pela Directiva n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro, e rectificadas pela Directiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 16 de Novembro.

Segundo o preâmbulo do Decreto - Lei n.º 18/ 2008, de 29 de Janeiro, o CCP cria um conjunto homogêneo de normas relativas aos procedimentos pré-contratuais públicos, mas ao mesmo tempo estabelece a regulação de todos os procedimentos que não se encontram abrangidos pelos âmbitos objectivos e subjectivos das directivas comunitárias, mas que não deixam, por isso, de revestir a natureza de procedimentos pré-contratuais.

Aproveito para realçar que por um lado, este novo diploma é caracterizado por ser um marco histórico na evolução do direito administrativo nacional, pelo seu duplo objecto no ordenamento jurídico português, ao estabelecer a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos de natureza administrativa, mas ao mesmo tempo é sublinhando que o CCP desenha uma linha de continuidade relativamente aos principais regimes jurídicos que se encontravam em vigor refere-se em especial ao Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, o Decreto-Lei n.º 197/99, de 8 de Junho, e ao Decreto-Lei n.º 223/01, de 9 de Agosto, que constituíam a matriz da contratação pública, de forma a garantir segurança e estabilidade jurídica aos operadores económicos.

Entre as principais linhas de força referentes às empreitadas de obras públicas é enfatizada a racionalização por via de limitações acrescidas por comparação ao regime de 1999 no regime de trabalhos a mais. Passam a depender de pressupostos mais apertados e deixam de incluir os trabalhos necessários ao suprimento de erros e omissões.

Além disso, o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, salienta que é instituída uma redefinição do regime de responsabilidade por erros e omissões, pelo que, em regra, o empreiteiro passa a assumir tal responsabilidade quando tenha a obrigação pré-contratual ou contratual de elaborar o programa do procedimento ou o projecto de execução, excepto quando os erros e omissões estejam subjacentes aos elementos elaborados ou disponibilizados pelo dono da obra.

Na minha opinião, a questão da redefinição da responsabilidade por erros e omissões não é evidenciada, de forma clara, visto que já no artigo 11º do antigo regime administrativo de empreitadas de obras públicas se estabelecia que “Quando se trate de obras cuja complexidade técnica ou especialização o justifiquem, o dono da obra posta a concurso poderá solicitar aos concorrentes a apresentação de projecto base, devendo para o efeito definir, com suficiente precisão, em documento pelo menos com o grau equivalente ao de programa base, os objectivos que deseje atingir, especificando os aspectos que considere vinculativos”. A jurisprudência relativa a esta matéria consta nomeadamente, nos seguintes diplomas: Decisão n.º 19/2005-SRTC relativa ao processo 035/ 2005; Decisão n.º 07/ 2005 relativa ao Processo n.º 117/2004; Acórdão n.º 26/06, de 26.04, proferido no Recurso Ordinário n.º 15/06; Acórdão n.º 33/06, de 7 de Fevereiro e Acórdão n.º 325/06, de 7 de Novembro.

Deste modo, a 1.ª Secção do Tribunal de Contas refere nos diplomas acima mencionados que: “ a possibilidade de recorrer a este modelo de contratação é pois excepcionalmente, sendo que o inadequado e ilegal recurso à figura da empreitada de concepção/ construção potencia a redução do universo dos concorrentes com o consequente risco do agravamento do resultado financeiro do concurso.”

Acresce ainda, que de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas se “ pelos meios e conhecimentos acrescidos que exige aos concorrentes designadamente na área do planeamento e projecto, e ainda pelo facto de o risco por erros e omissões do projecto se transferir para o empreiteiro, tornam a modalidade da empreitada de concepção/ construção por si, limitadora da concorrência”.

Entendo que, não existe propriamente uma redefinição de responsabilidade por erros e omissões por parte do empreiteiro quando tenha a obrigação pré-contratual ou contratual de elaborar o programa do procedimento ou o projecto de execução, á luz do novo Código dos Contratos Públicos, como se lê na jurisprudência do Tribunal de Contas a transferência da responsabilidade de erros e omissões para o empreiteiro no caso das empreitadas de concepção/ construção já existia no antigo regime administrativo de empreitadas de obras

públicas, mas em que se considerava que tal modelo de contratação deveria ter carácter excepcional.

4.1 - Erros e omissões. O caderno de encargos. O preço base.

No actual Código dos Contratos Públicos, o valor dos erros e omissões é limitado pelo preço base. Quando o contrato a celebrar implique o pagamento de um preço, segundo o artigo 47.º é o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o seu objecto.

O preço base corresponde por sua vez ao mais baixo dos seguintes valores:

1. O valor fixado no caderno de encargos como base do preço contratual.
2. O valor máximo do contrato a celebrar permitido pela escolha do procedimento, quando este for adoptado nos termos dos artigos 19.º, 20.º ou 21.º do Código dos Contratos Públicos. Doravante, a citação de artigos sem indicação da fonte referem-se ao Código dos Contratos Públicos.
3. O valor máximo até ao qual o órgão competente, por lei ou por delegação, pode autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar.

Deste modo, há lugar à apresentação de erros e omissões, quando o caderno de encargos do procedimento apresente os elementos da solução da obra, ou seja, o programa e o projecto de execução, e segundo o artigo 61.º a apresentação da lista de erros e omissões do caderno de encargos por parte dos interessados, ao órgão competente para a decisão de contratar, deverá ser feita até ao termo do quinto sexto do prazo fixado para a apresentação das propostas.

Os erros e omissões do caderno de encargos detectados pelos concorrentes até ao prazo limite acima indicado deverão referir-se a:

1. Aspectos ou dados que se revelem desconformes com a realidade; ou
2. Espécie ou quantidade de prestações estritamente necessárias à integral execução do objecto do contrato a celebrar; ou
3. Condições técnicas de execução do objecto do contrato, a celebrar, que o concorrente não considere exequíveis.

Em fase de concurso e com a apresentação das listas de erros e omissões por parte dos concorrentes, o órgão competente para a decisão de contratar suspende o prazo fixado para a apresentação das propostas desde o termo do quinto sexto daquele prazo até à publicitação da

decisão prevista no n.º 5 do artigo 61.º ou, não havendo decisão expressa, até ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas.

Esta suspensão deverá ser utilizada pelo órgão competente para a decisão de contratar, para análise e verificação das peças do procedimento no intuito de validar ou não as listas de erros e omissões apresentadas pelos concorrentes.

Até ao termo do prazo fixado para a apresentação das propostas, a entidade adjudicante deverá publicitar em plataforma electrónica a lista de identificação de erros e omissões que tenham merecido aceitação e serão notificados todos os interessados.

A aceitação pela entidade adjudicante, de parte ou da totalidade dos erros e omissões que tenham sido detectados, implica que os concorrentes deverão integrá-los nos documentos previstos na alínea b) do n.º1 do artigo 57.º, devendo identificar de forma expressa e inequívoca os seguintes elementos:

1. Os termos para o suprimento de cada um dos erros e omissões sem violação de qualquer parâmetro base do caderno de encargos;
2. O valor atribuído a cada um dos erros e omissões referidos anteriormente que deverá ser incorporado no preço ou preços indicados na proposta.

4.2 – Erros e omissões: o caderno de encargos; o preço base no contrato de empreitada de obras públicas.

O artigo 43.º estatui que o caderno de encargos do procedimento para a formação de contratos de empreitada de obras públicas deve integrar o programa e o projecto de execução. Segundo a alínea b) do n.º 4 deste mesmo artigo deverá ser acompanhado de uma lista completa de todas as espécies de trabalhos necessários à execução da obra a realizar e do respectivo mapa de quantidades, bem como de uma descrição dos trabalhos preparatórios ou acessórios previstos no artigo 350.º.

Ainda, com o objectivo de mitigação do nível de erros e omissões, e consequentemente no plano das medidas de controlo de custos de empreitadas de obras públicas é referido no n.º 2 do artigo 43.º que “ quando a obra a executar assuma uma complexidade relevante ou quando sejam utilizados métodos, técnicas ou matérias de construção inovadores, o projecto de execução referido no número anterior deve ser objecto de prévia revisão por pessoa singular ou colectiva devidamente qualificada para a elaboração desse projecto e distinta do autor do mesmo”.

Finalmente, com o objectivo de restringir omissões nas peças do caderno de encargos, há elementos de solução da obra que devem ser integrados nas peças escritas do projecto de

execução pelo n.º5 do artigo 43.º do CCP. O projecto de execução deve ser acompanhado, sempre que se revele necessário, dos seguintes elementos:

1. Levantamentos e análise de base e de campo;
2. Estudos geológicos e geotécnicos;
3. Estudos ambientais, incluindo declaração de impacto ambiental, nos termos de legislação aplicável;
4. Estudos de impacto social, económico ou cultural, incluindo a identificação de medidas de natureza expropriatória a realizar, dos bens e direitos a adquirir e dos ónus e servidões a impor;
5. Resultados de ensaios laboratoriais ou outros;
6. Plano de prevenção e gestão de resíduos de construção e demolição, nos termos da legislação aplicável.

Para reforçar o peso da inclusão de parte ou da totalidade dos elementos atrás referidos na composição do projecto de execução, a alínea c), do n.º 8, do artigo 43.º estabelece, que caso o projecto de execução não seja acompanhado dos elementos referidos no n.º 5 poderá ser determinada a nulidade do caderno de encargos.

Assim, e por considerar assaz relevante a questão da lista completa de todas as espécies de trabalhos necessárias à execução de qualquer obra a realizar e do respectivo mapa de quantidades, elementos que devem contar das peças escritas do projecto de execução, em 29 de Julho de 2008 foi publicada a Portaria n.º 701-H/2008 que teve como objectivo a aprovação do conteúdo obrigatório do programa e do projecto de execução a que se referem os números 1 e 3 do artigo 43.º do CCP. O artigo 7.º especifica que as medições e mapas de quantidades dando a indicação da natureza e da quantidade dos trabalhos necessários para a execução de qualquer obra, devem ser incluídas nas peças escritas do projecto de execução e de igual modo o orçamento baseado nas quantidades e qualidades de trabalho constantes das medições.

Ainda a este propósito, saliento no preâmbulo da Portaria n.º 701-H/2008 (que se pretendeu consagrar no articulado do diploma), as instruções para a elaboração de projectos de obras públicas, e que entre outros aspectos se pretendeu introduzir maior rigor nas estimativas orçamentais elaboradas nas diferentes fases do projecto.

Assim, segundo a minha interpretação, as estimativas orçamentais incluídas nas peças escritas do projecto de execução só poderá atingir o nível de rigor atrás referido se se basearem em mapas de quantidade de trabalhos igualmente rigorosos e se os autores do

projecto determinarem os preços unitários com base nos preços correntes dos materiais e da mão-de-obra a utilizar em cada especialidade.

Reputo a formação da estimativa orçamental de especial importância nos procedimentos de concurso limitado por prévia qualificação porque à partida o valor global estimado para a execução de uma empreitada de obra pública deverá servir de referencial para a formação do preço base segundo o artigo 47.º do CCP, este é o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o seu objecto.

Portanto, considero que á partida a entidade adjudicante define em relação à estimativa orçamental do projecto de execução uma margem de segurança na previsão do custo para fixar o limite máximo que constitui o preço base, e que permite atender a aspectos imponderáveis durante as diversas fases de elaboração do projecto.

Vejamos, num procedimento pré-contratual em que a entidade adjudicante considera que as medições e consequentemente o mapa de quantidade de trabalhos foram executados com extrema precisão serão expectáveis desvios muito reduzidos em relação à estimativa orçamental apresentada no projecto de execução e que serve de base ao plano de financiamento do empreendimento.

Em situações desta natureza, se a entidade adjudicante não tomar uma decisão expressa, até ao termo do prazo para a apresentação de propostas, sobre eventuais reclamações de erros e omissões representadas pelos concorrentes considera-se que os mesmos não foram aceites face ao artigo 61.º.

Pelo contrário, havendo aceitação de parte ou da totalidade dos erros e omissões, os concorrentes deverão integrá-los nos documentos da sua proposta referentes à alínea b) no n.º1 do artigo 57.º do CCP, devendo identificar os termos de suprimento de cada um dos erros ou das omissões aceites e os respectivos valores incorporados nos preços indicados na proposta, sem contudo se ultrapasse o preço base.

Deste modo, quando se está perante uma situação concretizada no parágrafo anterior, os concorrentes vão proceder à reformulação das medições e do mapa de quantidades de trabalho dentro da prorrogação de prazo concedida nos termos do n.º 2 do artigo 64.º do CCP de que decorrerão custos adicionais relativamente ao custo que ocorreria com base no mapa de quantidades inicialmente integrado no caderno de encargos.

Acontece, portanto, que à luz do novo Código dos Contratos Públicos os custos adicionais decorrentes do reconhecimento dos erros e omissões por parte da entidade adjudicante, na fase de formação de contrato, passam a ser incluídos no preço contratual, Tal

não acontecia no anterior regime administrativo das empreitadas de obras públicas em que um único empreiteiro, neste caso o adjudicatário, podia apresentar reclamações quanto a erros e omissões num prazo correlacionado com a data de consignação da obra, conforme já descrito no artigo 14.º do Decreto - Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

4.3 - Execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões.

Contudo, o n.º 2 do artigo 61.º do CCP introduz uma excepção à regra geral que tenho vindo a analisar. “ Excepcionam-se do número anterior os erros e omissões que os concorrentes, actuando com a diligência objectivamente exigível em face das circunstâncias concretas apenas pudessem detectar na fase de execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões detectados durante a fase de execução do contrato o n.º 1 do artigo 376.º do CCP define que “o empreiteiro tem a obrigação de executar todos os trabalhos de suprimento de erros e omissões que lhe sejam ordenados pelo dono da obra, o qual deve entregar ao empreiteiro todos os elementos necessários para esse efeito, salvo, quando o empreiteiro tenha a obrigação pré-contratual ou contratual de elaborar o programa ou o projecto de execução”.

O preço de execução dos trabalhos de suprimento de erros e omissões tem um limite estabelecido de acordo com a regra definida no n.º 3 do mesmo artigo, pelo que só pode ser ordenada a execução de tais trabalhos, quando o somatório do preço que lhes for atribuído, com preço de anteriores trabalhos de suprimento de erros e omissões e de anteriores trabalhos a mais não exceder 50% do preço contratual.

O empreiteiro não fica obrigado à execução dos trabalhos para suprimento de erros e omissões quando opte por exercer o direito de resolução do contrato, ou quando, sendo os trabalhos de espécie diferente dos previstos no contrato ou da mesma espécie de outros nele previstos, mas a executar em condições diferentes, o empreiteiro alegue que não dispõe de meios humanos ou de meios técnicos para a sua execução, de forma semelhante à interpretação dada ao n.º 2 do artigo 371.º do CCP para as situações de trabalhos a mais.

Saliento que no que diz respeito à fixação do preço e do prazo de execução dos trabalhos de suprimento de erros e omissões se aplicam as mesmas regras que nos trabalhos a mais.

4.4 - Preço e prazo de execução dos trabalhos de suprimento de erros e omissões.

De igual modo e segundo a minha interpretação, a execução dos trabalhos de suprimento de erros e omissões (detectados durante o período de execução da empreitada)

pode dar lugar ao prolongamento do prazo de execução da obra, da mesma forma que acontece para a prorrogação do prazo de execução da obra para trabalhos a mais.

Assim, no n.º 1 do artigo 377.º do CCP pode ler-se que à fixação do preço e do prazo de execução dos trabalhos de suprimento de erros e omissões é aplicável o disposto no artigo 373.º, sendo o artigo 373.º aplicável ao preço e prazo de execução de trabalhos a mais.

Segundo o n.º 2, do artigo 377.º, “ a execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões pode dar lugar à prorrogação do prazo de execução da obra, nos termos do disposto no artigo 374.º...” sendo que, no n.º 1 do artigo 374.º se determina que nas situações de trabalhos a mais, o prazo de execução da obra é prorrogado de forma proporcional nos termos do disposto no artigo 373.º.

Ora cumpre salientar que só há lugar à prorrogação do prazo de execução da obra, determinado pela execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões, numa das seguintes situações:

1. Erros e omissões que tenham sido oportunamente detectados na fase de execução do contrato;
2. Erros e omissões que não pudessem ter sido detectados na fase de formação do contrato, de acordo com o disposto nos números 1 e 2 do artigo 61.º do CCP;
3. Erros e omissões detectados na fase de formação de contrato mas que não tenham sido aceites pelo dono da obra.

Na minha opinião, a essência da comparação entre o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e o Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, está na definição dos limites do preço a pagar pela execução de trabalho de suprimento de erros e omissões conforme salientei.

Portanto, considero que a interpretação a dar aos erros e omissões tem uma carga meramente formal visto que como é definido no artigo 377.º do CCP o preço e o prazo para a execução dos trabalhos para suprimento de erros e omissões, estão estabelecidos em moldes idênticos aos dos trabalhos a mais.

Face ao exposto considero que a norma injuntiva (viii) do ponto quatro do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro em que o legislador pretende estabelecer a racionalização do regime de trabalhos a mais, dependentes de pressupostos mais apertados e, que deixam de incluir os trabalhos necessários ao suprimento de erros e omissões, acaba por se revestir de uma fraca eficácia no tocante ao controlo de custos de empreitada de obras públicas.

Comprova o articulado do Código Contratos Públicos o preço e o prazo para a execução dos trabalhos para suprimento de erros e omissões são estabelecidos nos mesmos moldes dos trabalhos a mais.

5 - Requisitos materiais dos trabalhos a mais.

O artigo 370.º, n.º 1 do CCP permite concluir que o pressuposto essencial dos trabalhos a mais tem a ver com os trabalhos cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato.

Quanto aos requisitos, os trabalhos a mais são constituídos pelos requisitos necessários na sequência de uma circunstância imprevista; os requisitos destinados à execução da mesma obra e os requisitos que não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objecto do contrato sem inconvenientes graves para o dono da obra ou que embora separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão da obra.

Segundo o n.º 2 do artigo acima referido, “ não pode ser ordenada a execução de trabalhos a mais quando:

a) tendo o contrato sido celebrado na sequência de procedimento de ajuste directo ao abrigo do disposto na alínea a) do artigo 19.º, o somatório do preço contratual com o preço atribuído aos trabalhos a mais, seja igual ou superior ao valor referido naquela alínea;

b) tendo o contrato sido celebrado na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação e o somatório do preço contratual com o preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, seja igual ou superior ao valor referido na alínea b) do artigo 19.º, o anúncio do concurso não tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia;

c) o preço atribuído aos trabalhos a mais, ultrapasse 40% do preço contratual.”

É de esclarecer que, não são trabalhos a mais os que se destinem a suprir erros e omissões (artigo 370.º, n.º 4 do CCP).

6. – Execução dos trabalhos a mais.

A definição dos trabalhos a mais dada pelo artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, foi transposta para o artigo 370.º do CCP de forma integral.

São, portanto, considerados trabalhos a mais aqueles cuja espécie ou quantidades não esteja prevista no contrato e que:

- 1- Se tenham tornado necessários à obra na sequência de uma situação imprevista;

2- Não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objecto do contrato sem inconvenientes graves para o dono da obra, ou mesmo que sejam separáveis, são mesmo necessários para a conclusão da obra.

A execução dos trabalhos a mais pode ser ordenada, apenas, nas seguintes condições:

1- O contrato tenha sido celebrado:

a) Na sequência de ajuste directo adoptado ao abrigo do disposto no artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos ou do nº1 do artigo 25.º;

b) Na sequência de procedimento de negociação;

c) Na sequência de diálogo concorrencial;

d) Na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação.

2- O contrato tenha sido celebrado na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação e o anúncio do concurso tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia, no caso de a soma do preço atribuído aos trabalhos a mais com o preço contratual ser igual ou superior ao valor referido na alínea b) do artigo 19.º.

Segundo a alínea b) do artigo 19º do CCP “ a escolha do concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação permite a celebração de contratos de qualquer valor, excepto quando os respectivos anúncios não sejam publicados no Jornal Oficial da União Europeia, caso em que só permite celebração de contratos de valor inferior ao referido na alínea c) do artigo 7.º da Directiva n.º2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março”.

Por sua vez, no artigo 7.º da Directiva n.º 2004/18/CE, relativo aos montantes dos limiares para contratos público, é referido o seguinte:

-“ A presente directiva é aplicável aos contratos públicos não excluídos por força da excepção prevista nos artigos 10º e 11º e dos artigos 12-º a 18º e cujo valor estimado, sem Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA) seja igual ou superior aos seguintes limiares:

a) (...).

b) (...).

c) 6.242.000 (seis milhões e duzentos e quarenta e dois mil) euros, para os contratos de empreitada de obras públicas.

Em resumo, quando o contrato for celebrado na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação e anunciado no Jornal Oficial da União Europeia, há lugar à execução de trabalhos a mais, no caso em que a soma dos preços dos trabalhos a mais com o preço contratual for igual ou superior a € 6.242.000.

3- A execução de trabalhos a mais só pode ser ordenada, quando o preço atribuído aos trabalhos a mais, somado ao preço de anteriores trabalhos a menos, não exceder 5% do preço contratual.

No entanto, o limite anterior pode ser elevado até 25% do preço contratual quando estejam em causa obras cuja execução seja afectada por condicionalismos naturais imprevisíveis, tais como, obras marítimas-portuárias e obras mais complexas do ponto de vista geotécnico, nomeadamente a construção de túneis.

Aliás, os artigos 127.º e 151.º da Portaria 701-H/2008, de 29 de Julho, relativos aos elementos especiais dos programas preliminares de projectos de túneis e de obras portuárias são bastante explícitos quanto à recolha e interpretação de vários factores associados à complexidade destas obras.

4- A execução dos trabalhos a mais só pode ser ordenada, quando a soma do preço atribuído aos trabalhos a mais com o preço de anteriores trabalhos a mais e de anteriores trabalhos de suprimento de erros e omissões não exceder 50% do preço contratual.

Atente-se que não são considerados trabalhos a mais aqueles que sejam necessários ao suprimento de erros e omissões, independentemente da parte responsável pelos mesmos.

Caso não se verifique algumas das condições necessárias à determinação da execução de trabalhos a mais que foram expostas ao longo do ponto 1 a 4 então, os trabalhos a mais devem ser objecto de contrato celebrado na sequência de procedimento adoptado nos termos do disposto no título I- Tipos e escolha de procedimentos, da Parte II – Contratação Pública, do Código dos Contratos Públicos.

O empreiteiro é obrigado a executar os trabalhos a mais desde que a execução lhe seja pedida por escrito pelo dono da obra, sendo entregue ao empreiteiro as alterações dos elementos da solução da obra necessárias à sua execução, quando estes mesmos elementos tenham integrado o caderno de encargos relativo ao procedimento de formação de contrato, n.º 1 do artigo 371.º.

O empreiteiro fica desobrigado à execução dos trabalhos a mais, tal como previsto no parágrafo anterior, quando opte por exercer o direito de resolução do contrato ou quando, sendo os trabalhos amais de espécie diferente dos previstos no contrato ou da mesma espécie de outros nele previstos, mas a executar em condições diferentes, o empreiteiro não disponha dos meios humanos ou técnicos indispensáveis para a sua execução (n.º 2 do artigo 371.º).

O empreiteiro pode, no prazo de dez dias a contar da recepção da ordem do dono da obra de execução de trabalhos a mais, reclamar desta mesma ordem, desde que a recusa seja

devidamente fundamentada, quer no que respeita ao n.º 2 do artigo 371.º, quer no que respeita ao n.º 1 do artigo 370.º.

Após a data da recepção da reclamação apresentada pelo empreiteiro, o dono da obra deve apreciar a mesma no prazo de dez dias.

Quando o dono da obra considere que a fundamentação apresentada pelo empreiteiro para a não execução dos trabalhos é injustificada pode optar por uma das seguintes decisões:

1- Notificar o empreiteiro com, pelo menos, cinco dias de antecedência, para a execução dos trabalhos a mais;

2- Optar pela execução dos trabalhos a mais directamente ou por intermédio de terceiro, quando o empreiteiro tenha manifestado de forma peremptória a intenção de não os executar, sendo aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos números 2 a 4 do artigo 325.º.

O artigo 325.º constitui a norma aplicável ao incumprimento por facto imputável ao co-contratante.

Quando após a respectiva notificação o empreiteiro não dê início à execução dos trabalhos, pode o dono da obra, sem prejuízo do poder de resolução do contrato, optar por uma das seguintes decisões:

1- Aplicar ao empreiteiro uma sanção pecuniária compulsória, por cada dia de atraso, em valor correspondente a 1‰ (um por mil) do preço contratual, sem prejuízo de o contrato poder prever valor mais elevado;

2- Pela execução dos trabalhos a mais, directamente ou por intermédio de terceiro.

7- Preço a pagar pelos trabalhos a mais e respectivo prazo.

De acordo, com o artigo 373.º do Código dos Contratos Públicos, na falta de estipulação contratual, o preço a pagar pelos trabalhos a mais e o respectivo prazo de execução são fixados nos seguintes termos:

1- Quando os trabalhos a mais forem da mesma espécie de outros previstos no contrato e a executar em condições semelhantes, então o preço a aplicar será fixado de acordo com as respectivas quantidades e os preços unitários contratuais e os prazos parciais de execução serão proporcionais aos que estejam previstos no plano de trabalhos para essa mesma espécie de trabalhos.

2- Quando os trabalhos a mais não forem da mesma espécie daqueles que estão previstos no contrato, ou se forem da mesma espécie as suas condições de execução apresentam aspectos diferentes dos trabalhos contratuais, o empreiteiro deve apresentar uma

proposta de preço e prazo de execução, a qual deverá ser apresentada no prazo de dez dias a contar da data da notificação da ordem de execução dos mesmos.

3-Por seu turno, o dono da obra terá dez dias para se pronunciar sobre a proposta de empreiteiro e no caso de não aceitação poderá apresentar uma contra-proposta.

4- Se o dono da obra não efectuar nenhuma comunicação ao empreiteiro nos dez dias atrás referidos, considera-se que a proposta apresentada mereceu aceitação.

Quando o dono da obra considere que não há justificação para a não execução dos trabalhos a mais, este pode:

1- Notificar o empreiteiro com, pelo menos, cinco dias de antecedência, para execução dos trabalhos a mais; ou

2- Optar pela execução dos trabalhos a mais, directamente ou por intermédio de terceiro, quando o empreiteiro tenha manifestado de forma peremptória a intenção de não os executar. É aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos números 2 a 4 do artigo 325.º do CCP referente a incumprimento por facto imputável ao co-contratante.

Caso tenha ocorrido notificação do empreiteiro nos termos acima referidos, e mesmo assim este não dê início à execução dos trabalhos, pode o dono da obra, sem prejuízo do poder de resolução do contrato adoptar uma das seguintes medidas:

1) Aplicar ao empreiteiro uma sanção pecuniária compulsória correspondente a 1‰ (um por mil) do preço contratual, por cada dia de atraso, sem prejuízo de o contrato poder prever valor mais elevado; ou

2) Optar pela execução dos trabalhos a mais, directamente ou por intermédio de terceiro.

O preço a pagar pelos trabalhos a mais e o respectivo prazo de execução, na falta de estipulação contratual, são fixados nos seguintes termos:

1- Caso os trabalhos a mais sejam da mesma espécie de outros previstos no contrato e a sua execução seja feita em condições semelhantes, então o preço a aplicar será o preço contratual determinado a partir das quantidades de trabalho e dos respectivos prazo parcial de execução e preços unitários; o prazo parcial de execução será proporcional ao prazo previsto no plano de trabalhos para essa espécie de trabalho;

2- Caso os trabalhos a mais não sejam da mesma espécie daqueles que estão previstos no contrato, ou se forem da mesma espécie mas a execução dos mesmos for realizada em condições diferentes, o empreiteiro deve apresentar uma proposta de preço e prazo de

execução, devendo esta proposta de execução dos trabalhos a mais ser apresentada no prazo de dez dias contados a partir da data de notificação da ordem de execução dos mesmos.

O dono da obra terá dez dias para se pronunciar sobre a proposta do empreiteiro, podendo ou não aceitar as respectivas condições de preço e prazo. No caso de não-aceitação poderá apresentar uma contra-proposta.

Se o dono da obra, neste prazo de dez dias não efectuar nenhuma comunicação ao empreiteiro, considera-se que a proposta deste foi aceite.

Quando não houver acordo sobre parte ou a totalidade dos preços propostos ou sobre o prazo de execução, os trabalhos a mais são executados e pagos com base na contra-proposta do dono da obra, efectuando-se a eventual correcção, acrescida, no que respeita aos preços, dos juros de mora devidos, logo que haja acordo ou determinação judicial ou arbitral sobre o assunto.

Quando houver lugar à execução de trabalhos a mais, o prazo de execução da obra é proporcionalmente prorrogado de acordo com os prazos definidos nos termos do disposto no artigo 373.º do Código dos Contratos Públicos. No entanto, não haverá lugar a prorrogação quando esteja em causa a execução de trabalhos a mais que não prejudique o normal desenvolvimento do plano de trabalhos a provado pelo dono da obra.

Após a definição dos termos e condições a que deve obedecer a execução dos trabalhos a mais, o dono da obra e o empreiteiro devem proceder à respectiva formalização por escrito.

Finalmente, cabe referir que salvo em caso de impossibilidade de cumprimento, o empreiteiro só pode deixar de executar quaisquer trabalhos previstos no contrato através de ordem emitida pelo dono da obra, especificando esses trabalhos a menos, cujo preço será deduzido ao preço contratual.

8 – Interpretação e aplicação dos procedimentos relativos à execução de trabalhos a mais.

8.1 – Âmbito de aplicação de custos das empreitadas de obras públicas.

Nesta altura da minha explanação retomo a análise do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, que institui o anterior regime do contrato administrativo de empreitada de obras públicas e o articulado do actual Contrato do Contratos Públicos, no que concerne à interpretação e aplicação dos procedimentos relativos à execução de trabalhos a mais.

Assim, relembro, que de acordo, com o n.º 2 do artigo 45.º do Decreto-Lei n.º 59/99, quando o valor acumulado dos trabalhos a mais excedesse 15% do valor do contrato de

empreitada, ou se tal valor acumulado fosse igual ou superior a um milhão de contos (aproximadamente cinco milhões de euro), a entidade competente para a realização da despesa inicial só poderia emitir decisão favorável à realização da despesa inicial relacionada com os trabalhos a mais, mediante proposta apresentada pelo dono da obra que teria de ser devidamente fundamentada e instruída com um estudo realizado por entidade externa e independente.

Actualmente o Código dos Contratos Público através do artigo 315.º, relativo à obrigação de transparência, determina que os actos administrativos do contraente público ou os acordos entre as partes que impliquem quaisquer modificações objectivas do contrato e cujo valor acumulado seja superior a 15% do preço contratual devem ser imediatamente publicitados pelo contraente público no portal da internet dedicado aos contratos públicos, com a obrigatoriedade de manutenção da publicidade até seis meses após a extinção do contrato.

E o n.º 2 do mesmo artigo, refere que a publicitação anteriormente mencionada é condição de eficácia dos actos administrativos ou acordos modificativos, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos.

Portanto, enquanto no anterior regime do contrato administrativo de empreitada de obras públicas era exigível que a proposta do dono da obra fosse devidamente fundamentada e instruída com um parecer técnico-económico realizado por uma entidade externa e independente, para que a entidade competente para a realização da defesa inicial pudesse emitir decisão favorável ao pagamento da nova despesa relacionada com a execução de trabalhos a mais, (se o seu valor excedesse 15% do valor do contrato) no actual Código dos Contratos Públicos tenta-se justificar a eficácia dos actos administrativos ou acordos modificativos do contrato quando o valor acumulado dos trabalhos excede 15% do preço contratual através de um mero processo de publicitação num portal da internet dedicado aos contratos públicos. Não tem a mesma objectividade de um parecer de uma entidade externa e independente e que só era dispensado quando o valor do contrato fosse inferior a meio milhão de contos.

Por outro lado, no n.º 1 do artigo 45.º do Decreto-Lei n.º59/99 determinava que o dono da obra não poderia, em caso algum, autorizar a realização de trabalhos a mais previstos no artigo 26.º do mesmo diploma, alterações ao projecto, variantes ou alterações ao plano de trabalhos, da iniciativa do empreiteiro, caso o seu valor acumulado durante a execução da empreitada excedesse 25% do preço contratual. No actual Código dos Contratos Públicos, a alínea d), do n.º2, do artigo 370.º, o somatório do preço atribuído aos trabalhos a mais com o

preço de anteriores trabalhos a mais e de anteriores trabalhos de suprimento de erros e omissões não pode exceder 50% do preço contratual.

Segundo a minha opinião, o actual Código dos Contratos Públicos ao permitir uma amplitude de variação do preço contratual que pode atingir o dobro do limite permitido no anterior regime jurídico de empreitadas de obras públicas acaba por padecer de um grau de exigência do contrato de custos das obras públicas que é manifestamente inferior ao que estava consignado no Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, no que respeita à permissão de execução de trabalhos a mais.

Atente-se ainda que segundo a alínea c), do n.º 2, do artigo 370.º do CCP, conclui o preço dos trabalhos a mais não pode exceder 5% do preço contratual. Ora isto significa que se a soma do preço dos trabalhos a mais e dos trabalhos para suprimento de erros e omissões podem vir a ser executados até ao valor limite de 45% do preço contratual.

E apenas quando estejam em causa obras cuja execução seja afectada por condições naturais imprevisíveis, tais como obras marítimas-portuárias e obras mais complicadas do ponto de vista geotécnico, em especial a construção de túneis, em que o limite do preço atribuído aos trabalhos é elevado para 25% do preço contratual, fica implícito que o valor limite dos trabalhos para suprimento de erros e omissões não pode exceder 25% do preço contratual.

O articulado dos trabalhos a mais do Código dos Contratos Públicos acabou por consubstanciar uma das principais linhas de força do capítulo das empreitadas de obras públicas, que passam a depender de pressupostos mais apertados e deixam de incluir os trabalhos para suprimento de erros e omissões, conforme se lê no preâmbulo, pelo que o seu valor limite após dedução dos trabalhos a menos não a pode exceder 5% do preço contratual.

Mas é lícito concluir-se, que não houve o mesmo tipo de preocupação em relação aos trabalhos para suprimento de erros e omissões, quando se admite que em geral o valor limite pode atingir 45% do preço contratual e que aparenta controlo de custos das empreitadas de obras públicas.

Ainda no âmbito do controlo de custos de empreitadas de obras públicas, ao qual está subjacente a parte do articulado do Código dos Contratos Públicos dedicada aos trabalhos a mais e dos erros e omissões com os limites que acabei de enunciar, não queria deixar de analisar um aspecto que considero particularmente relevante. Relaciona-se com o projecto de execução descrito no artigo 43.º, como um dos elementos da solução da obra que constitui parte integrante do caderno de encargos do procedimento de formação de contrato de qualquer empreitada de obra pública, e cujo n.º 2 do artigo em questão determina que, quando a obra a

executar assuma uma complexidade relevante ou quando se esteja na presença da utilização de métodos construtivos, técnicas ou materiais de construção inovadores, o projecto de execução deverá então, ser objecto de prévia revisão por pessoa singular ou colectiva devidamente qualificada para a elaboração desse projecto e distinta do autor do mesmo.

Aproveito ainda, para referir que a Portaria n.º 701-H/2008, de 29 de Julho (que prevê o conteúdo obrigatório do programa e do projecto de execução, instruções para a elaboração de projectos e classificação por categorias) em conjunto com o n.º 7 do artigo 43.º do CCP aprovou o conteúdo obrigatório do programa e do projecto de execução, bem como os procedimentos e normas a adoptar na elaboração e faseamento de projecto de obras públicas.

Houve a preocupação de definir no artigo 1.º do Anexo I daquele diploma, a revisão de projecto como uma análise crítica do mesmo que será acompanhada da emissão de parecer técnico-económico, por outrem que não o projectista.

Deste modo, no n.º 3, do artigo 3º, do Anexo I, refere que mesmo que o faseamento da revisão de projecto segue o da respectiva elaboração, salvo acordo diverso estabelecido entre a entidade adjudicante e o revisor de projecto.

A questão da obrigatoriedade da revisão de projecto introduzida no n.º2 do artigo 43.º no caso de obras de complexidade relevante, prende-se com a necessidade de recorrer a mecanismos de garantia da qualidade global de construção estabelecendo a montante um controlo rigoroso da qualidade do projecto que servirá de base à implementação da obra pública.

Assim, a qualidade técnica dos projectos de obras de complexidade deixa de depender apenas da equipa de projecto através de uma intervenção mais técnica da entidade adjudicante conseguida com a construção de uma equipa revisora que terá como missão acompanhar e verificar o conteúdo multidisciplinar do mesmo e a sua adequação ao programa preliminar, em que o dono da obra definiu os objectivos, as características orgânicas e funcionais e condicionamentos financeiros da obra.

A revisão de projectos aparece em termos de enquadramento jurídico como um processo de salvaguarda da qualidade dos projectos na óptica da execução das obras públicas de complexidade relevante e surge associada ao controlo da despesa nas obras públicas, fundamentalmente, com o objectivo de mitigar os desvios nos custos do investimento inicial.

Através de uma verificação eficiente do projecto, para detecção de omissões, anomalias ou eventuais erros, e situações de não conformidade regulamentar ou normativa, bem como na minimização de desvios no prazo de construção.

Assim, na prestação de serviços de revisão de projectos, os cadernos de encargos tornaram recorrente o estabelecimento de uma co-responsabilidade entre o projectista e o revisor de projecto no que respeita à margem de erro aceitável no cálculo das medições das diversas espécies de trabalhos que são transpostas para o mapa de quantidades que integra o projecto de execução, bem como na estimativa orçamental que serve de referência para o estabelecimento do preço base definido no artigo 47.º.

Acontece que a margem de erro aceitável na revisão do cálculo das medições das diversas espécies de trabalhos e da estimativa do valor global da empreitada de obra pública é uma margem que na maioria das situações não deve exceder 5% do preço base. Portanto, nas obras de complexidade relevante sujeitas a revisão de projecto, não se deveria permitir que a soma do preço atribuído aos trabalhos a mais com o preço de anteriores trabalhos a mais e de anteriores trabalhos de suprimento de erros e omissões possa atingir 50% do preço contratual, de acordo com a alínea d) do n.º 2 do artigo 370.º. Admitindo-se que eventualmente estamos perante obras em que o preço dos trabalhos a mais pode atingir 25% do preço contratual, valor que é manifestamente superior a margem admitida na revisão de projecto numa fase pré-contratual.

9 – Fiscalização.

9.1 - Fiscalização prévia dos contratos públicos e a compensação dos trabalhos a mais com trabalhos a menos – 1.ª Secção do Tribunal de Contas.

Em 27 de Abril de 2007 foi publicado o Decreto-Lei n.º 144/2007 relativo à criação do Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., abreviadamente designado por InCI, I.P, integrado na administração indirecta do Estado e dotado de autonomia administrativa, financeira e património próprio, visto que decorridos sete anos de funcionamento do IMOPPI se entendeu que este novo organismo se justificava por imperativos de modernização da Administração Pública.

O preâmbulo e o n.º1 do artigo 3.º daquele diploma, estabeleceu que o InCI, I.P, tem por missão regular e fiscalizar o sector da construção e do imobiliário, dinamizar, supervisionar e regulamentar as actividades desenvolvidas neste sector, produzir informação estatística e análises sectoriais e assegurar a acção coordenada do Estado no sector.

Uma análise detalhada do articulado do Código dos Contratos Públicos sobre as atribuições do InCI, I.P, revela obrigatoriedade do júri do procedimento pré-contratual durante a análise das propostas, informar este instituto de situações de exclusão por preço anormalmente baixo, ou da existência de fortes indícios de actos, acordos, práticas ou

informações susceptíveis de falsear as regras da concorrência. Nos casos de empreitadas ou concessões de obras públicas, estabelece a obrigatoriedade da entidade adjudicante, no prazo de dez dias a contar da data de celebração de um contrato de empreitada ou concessão de obra pública, enviar o respectivo relatório de contratação para este organismo.

Entre os múltiplos aspectos que cabem nas atribuições do InCI, I.P em termos de supervisão de empreitadas ou concessões de obras públicas, refere-se que na liquidação de qualquer empreitada (artigo 402.º do Código dos Contratos Públicos) que dez dias após a data da assinatura da conta final ou da data da assinatura da conta final ou da data em que esta conta for aceite pelo empreiteiro, o dono da obra deve enviar ao InCI, I.P, o relatório final da obra.

É igualmente relevante salientar que cabe igualmente ao InCI, I.P conjuntamente com a Agência Nacional de Compras Públicas, elaborar e remeter à Comissão Europeia, até 31 de Outubro de cada ano, um relatório estatístico relativo aos contratos de empreitadas de obras públicas celebrados pelas entidades adjudicantes no ano anterior. Assim se cumprem as obrigações previstas nos artigos 75.º e 76.º da Directiva n.º 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, e no artigo 67.º da Directiva n.º 2004/17/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, da mesma data. O artigo 466.º do CCP previu a criação de um observatório das obras públicas, cujas regras estão estabelecidas na Portaria n.º 701-I/2008, de 29 de Julho (constituição e regime de funcionamento do observatório das obras públicas), e em cujo artigo 3.º se atribui a responsabilidade da gestão ao InCI, I.P.

A 1.ª Secção do Tribunal de Contas tem proferido vária jurisprudência relativa a situações relacionadas com contratos de empreitadas de obras públicas.

De acordo com o disposto no artigo 44.º da Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto³⁵, a 1.ª Secção do Tribunal de Contas, em sede de fiscalização prévia dos contratos, deve recusar o visto quando identifica nos mesmos, ou no processo de formação, desconformidade com as leis em vigor que implique nulidade, encargos sem cabimento em verba orçamental própria, violação directa de normas financeiras ou ilegalidade que altere ou possa alterar o respectivo resultado financeiro. Neste último caso, o Tribunal pode ainda optar por conceder o visto, formulando recomendações.

Da jurisprudência produzida na área das empreitadas, quer através de recusas de visto, quer através de vistos com recomendações, destacam-se as situações abaixo indicadas:

³⁵ Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto, “*Lei de Organização e Processo e Regulamento Geral do Tribunal de Contas*”, disponível em <http://www.tcontas.pt>.

1. Contratos de empreitadas de obras públicas: empreitadas adjudicadas na modalidade de concepção/ construção;

2. Avaliação das propostas;

O artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, diploma que definia o Regime Jurídico das Empreitadas de Obras Públicas (RJEOP) estabelecia que se consideravam *“trabalhos a mais aqueles cuja espécie ou quantidade não hajam sido previstos ou incluídos no contrato, nomeadamente no respectivo projecto, se destinem à realização da mesma empreitada e se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista...”*. Sendo considerada uma “circunstância imprevista” aquela em que *“um decisor normal colocado na posição do real decisor, não podia nem devia ter previsto”*, donde decorria que apenas poderiam ser considerados trabalhos a mais aqueles cuja necessidade fosse impossível de prever aquando do lançamento do concurso.

Tal como referiu o Acórdão n.º 8/2004-Jun-8-1ª S/P, *“essa circunstância imprevista é verdadeiramente nuclear para a “legalização dos trabalhos a mais”*. Mais referia o Tribunal que *“Não pode fazer-se dos “trabalhos a mais” um instrumento de utilização sistemática e sem outro condicionamento que não o simples limite qualitativo....”*.

Ficava assim claro que, para além dos aspectos relativos ao respeito pelo limite quantitativo imposto pelo legislador nacional para que os trabalhos a mais pudessem ter cobertura legal, importava ainda ponderar se os demais requisitos legais eram ou não preenchidos.

Em relação à compensação dos trabalhos a mais com trabalhos a menos a 1ª Secção do Tribunal de Contas teve uma posição especialmente crítica em relação à possibilidade dos donos da obra procederem à compensação de trabalhos a mais com trabalhos a menos, especialmente quando se pretendessem compensar trabalhos de diferente natureza.

Assim, a 1.ª Secção do Tribunal de Contas, considerava que as situações de compensações de trabalhos a mais com trabalhos a menos potenciavam fortes desvios da concorrência, já que, correspondiam em muitas situações a uma forma de contornar a limitação imposta pela norma do artigo 45.º do RJEOP, tendo como consequências que os trabalhos executados não seriam, a final, os postos a concurso, colocando-se em causa a própria identidade da obra. Por esta razão, a compensação devia ser objecto de uma ponderação cuidada e restritiva.

Por outro lado importa realçar as disposições que visavam reduzir o desvio de custos e de prazos, tendo em conta que a qualidade das obras e o cumprimento dos contratos dependia da qualidade técnica dos projectos. Os valores atribuídos aos erros e omissões e pagos ao

empregado sob esta designação e os valores dos trabalhos a mais, estavam entre as principais causas dos desvios de custos. Assim, os projectistas não podiam ser os únicos responsáveis pelos desvios nos valores pagos pela obra, devendo a responsabilidade começar nos donos de obra, que em muitas das situações não elaboravam programas preliminares adequados, ou não forneciam todas as informações acerca dos terrenos, bem como não definiam especificamente qual o objecto da obra a contratar.

No actual Código dos Contratos Públicos, a definição de trabalhos a mais apresentada no artigo 370.º, n.º 1, alíneas a) e b) é similar à que foi definida no artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março. No entanto, o n.º 2 desse mesmo artigo nas alíneas a) a c) (atendendo a que a alínea b) foi revogada), caracteriza de forma explícita as situações em que não pode ser ordenada a execução de trabalhos a mais. Por outro lado, o n.º 4 desse mesmo artigo determina que não sejam trabalhos a mais” aqueles que sejam necessários ao suprimento de erros e omissões, independentemente da parte responsável pelos mesmos”, o que não acontecia no anterior regime jurídico.

10 – A aplicabilidade do regime geral da modificação dos contratos administrativos às Empreitadas de Obras públicas.

10.1 - A subsidiariedade do regime geral: Enquadramento.

No regime especial da empreitada de obras públicas o Código dos Contratos Públicos (CCP), não prevê o facto de a «Administração modificar o contrato com fundamento geral em *razões de interesse público* – verificados certos pressupostos e limites, reconhecida em ordenamentos estrangeiros e não questionada pelo direito comunitário³⁶ -, nem a modificação, dirigida à solvência do contrato e do empregado, nos casos de a patologia em que, por *alteração anormal e imprevisível das circunstâncias*, a execução se torne excessivamente onerosa para o empregado».

Para além das disposições legais do Título I, Parte III do CCP, relativas aos contratos administrativos em geral, também são aplicadas subsidiariamente às relações contratuais

³⁶ “Fora do espaço comunitário, o direito brasileiro, por exemplo, reconhece o poder de modificação unilateral, em geral, «quando houver modificação do projecto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objectivos [cf. artigo 65, I, a), da Lei da Licitações e Contratos administrativos, aprovada pela Lei n.º 8.666, de 21 de Junho de 1993]. Estabelece-se assim a possibilidade de modificação objectiva do contrato administrativo, em face de uma circunstância que, ocorrida após a contratação (v.g., posterior descoberta científica ou inovação tecnológica) ou preexistente mas desconhecida pela Administração (v.g., falhas geológicas no terreno da obra), sugira uma forma mais adequada, diversa da contratada, de visar a dimensão funcional da obra – v. MARCHAL JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 11.ª ed., Dialética, São Paulo, 2005, 538-539, disponível em RODRIGUES, Pedro Nuno in “*A modificação objectiva do contrato de empreitada de obras públicas*”, Universidade Católica, Lisboa, 2012, ISBN 978 – 972 - 54 – 0349 – 5, p. 85 – 86”

jurídicas administrativas regulamentadas no Título II da Parte III, respeitantes aos contratos administrativos em especial, nomeadamente ao contrato de empreitada de obras públicas, «sempre que os tipos dos contratos não afastem as razões justificativas da disciplina em causa» (artigo 280.º do CCP). «Assim, na dialéctica do regime geral com o especial, a lógica é a da presunção de subsidiariedade do primeiro. Destarte, a disciplina geral das modificações objectivas do contrato administrativo – que inclui o poder de conformação da relação contratual de modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo (e ao modo de execução) das prestações previstas no contrato por razões de interesse público [302.º, c), 311.º, n.º 2, e 312.º, b)] e a modificação consensual ou judicial, por alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar [311.º, n.º 1, e 312.º, a)]³⁷ – é subsidiariamente aplicável ao contrato de empreitada de obras públicas, nas matérias não reguladas.

Importa sublinhar três aspectos importantes no regime das modificações objectivas que têm a ver com o objecto do contrato:

-Tendo em conta que, quanto à introdução de prestações, as modalidades específicas de modificação objectiva previstas no CCP para a modificação do contrato são de âmbito mais restito que a figura comunitária das obras complementares, (dado que não abrangem os trabalhos decorrentes de necessidades indirectas, nem as obras convenientes), resulta que uma parte da habilitação comunitária para a contratação directa de trabalhos não encontra reflexo nas figuras especialmente reguladas no CCP para a modificação do contrato, por ajuste directo, para além das situações de trabalhos a mais e de suprimento.

- Considerando que, segundo o disposto no regime de obras complementares o direito comunitário é restito no que diz respeito à possibilidade de adjudicação directa aos trabalhos imprevistos e necessários no âmbito do contrato inicial introduzindo-lhe trabalhos não necessários ou previstos, a não ser que, neste caso, algum facto imprevisto determine que a previsão inicial de ser novamente ponderada, ou seja se alterarem os pressupostos da previsão subjectiva. Assim, não será possível configurar a introdução de trabalhos no contrato, por actuação directa, a não ser nas situações reconduzidas ao regime comunitário de obras complementares.

³⁷ “ Para uma síntese dos poderes de conformação da relação contratual, v. CARLA AMADO GOMES – *A Conformação da Relação Contratual no Código dos Contratos Públicos*, in «Estudos de Contratação Pública – I», Coimbra, Coimbra, 2008, 531 – 539, disponível em RODRIGUES, Pedro Nuno in “*A modificação objectiva do contrato de empreitada de obras públicas*”, Universidade Católica, Lisboa, 2012, ISBN 978 – 972 - 54 – 0349 – 5, p.85 – 86”.

- Tendo em conta o regime de trabalhos a menos, não é verdade que as novações objectivas do conteúdo das prestações se resumam ao conceito comunitário de obras complementares.

A faculdade de modificação do contrato de empreitada de obras públicas é reconhecida pelo direito da União Europeia e é transportada para o ordenamento jurídico de outros Estados – Membros. Essa modificação pode ser por razões de interesse público ou em consequência de um deficiente equilíbrio contratual devido a um facto imprevisto alheio ou não à Administração que se configura no nosso regime fora das figuras especiais, relativamente à introdução de prestações não previstas e que resultam de uma necessidade indirecta, isto é, trabalhos decorrentes de um trabalho reformulado, visando a melhor consecução do elemento finalístico, correspondentes a trabalhos convenientes, não abrangidos directamente no objecto da obra mas que estão relacionados com essa mesma obra.

10.2 – As duas modalidades de modificação objectiva da empreitada de obras públicas.

10.2.1- O modelo dualista da transposição das obras complementares.

O CCP regula a possibilidade de no âmbito de um contrato em curso, ser ordenada a execução de trabalhos não previstos através de dois institutos: os trabalhos a mais (artigos 370.º a 375.º do CCP) e os trabalhos de suprimimento dos erros e omissões (artigos 376.º a 378 do CCP).

«Na sua delimitação literal (370.º, n.º 1), os trabalhos a mais têm evidente inspiração no regime comunitário das obras complementares (31.º, n.4, a), da Directiva) – embora constituam fundamento da modificação de um contrato e não, como na Directiva, de nova contratação (directa). Compreende-se que assim seja respeitando, ambas as figuras, a trabalhos acrescidos aos previstos, os trabalhos a mais (juntamente com os de suprimimento) constituem – ainda que de forma incompleta, como veremos - a densificação, no nosso ordenamento, do instituto das obras complementares³⁸».

«Esta densificação é inovadora. O legislador comunitário adopta uma formulação abrangente de obras complementares, que tanto podem resultar de um falso conhecimento da realidade na preparação do procedimento adjudicatário. Como de circunstância superveniente

³⁸« Esta correspondência apenas se torna evidente com o Decreto-Lei n.º 405/903, de 10 de Dezembro. Até então, reconhecia-se, entre nós, a existência de obras complementares ao lado dos trabalhos a mais, o que exigia encontrar a especificidade destes do âmbito daquelas sob pena de contradição da disciplina comunitária in RODRIGUES, Pedro Nuno, “*A modificação objectiva do contrato de empreitada de obras públicas*”, Universidade Católica, Lisboa, 2012, ISBN 978 – 972 - 54 – 0349 – 5, p.51”.

ao contrato³⁹. Distinguindo as duas realidades, o CCP transpõe o regime comunitário rompendo com o seu modelo monista».

«Entre nós, a construção dualista do CCP marca também um progresso relativamente à anterior legislação das empreitadas de obras públicas. O RJEOP, embora autonomizasse os trabalhos de suprimento a propósito da empreitada por preço global (14.º)⁴⁰, disciplinava-os em paralelo com os trabalhos a mais (45.º), na perspectiva do controlo de custos de obras públicas, ambos constituindo fundamento de contratos adicionais. Como foi observado no contexto do RJEOP, era possível a realização de trabalhos a mais, resultassem ou não de erros e omissões, desde que subsumíveis à hipótese normativa do seu artigo 26.º. Os trabalhos a mais eram os que reconduzissem a esta norma mesmo que decorressem da necessidade de suprir erros e omissões do projecto reclamados pelo empreiteiro ou notificados pelo dono da obra e «devidos a causas cuja previsão ou descoberta fosse impossível mais cedo» (14.º n.ºs 1 e 5)⁴¹».

³⁹ «RUI MEDEIROS (2010), 447. Determinante é que se trate de trabalhos não previstos no contrato, resultantes de uma circunstância imprevista e que sejam necessários à execução da obra – desde que, quanto aos limites, o valor não ultrapasse 50% do contrato inicial in RODRIGUES, Pedro Nuno, “*A modificação objectiva do contrato de empreitada de obras públicas*”, Universidade Católica, Lisboa, 2012, ISBN 978 – 972 - 54 – 0349 – 5, p.51”.

⁴⁰ «Compreende-se a preocupação do RJEOP com os erros e omissões de projecto nas empreitadas por preço global, em que é prefixada a remuneração do empreiteiro, correspondente à execução de todos os trabalhos necessários (9.º),» independentemente de todas as quantidades de trabalhos e as importâncias constantes da medição do orçamento» - ALFREDO MENDES DE ALMEIDA FERRÃO, *Empreitadas de obras públicas*, I, Coimbra, 1965,81. Visava proteger-se o empreiteiro numa modalidade de empreitada em que suporta o risco da quantidade e da qualidade dos trabalhos (CIANFLONE/ GIOVANNINI, 2003, 23), o risco pelas falhas no cálculo de remuneração em circunstâncias normais (MARCELO CAETANO, 2010, 629), dando-lhe a oportunidade de corrigir o preço global, acrescentando o valor da falha ao valor da adjudicação (15.º). A rectificação dos erros e omissões implicava a alteração do projecto e, sendo da responsabilidade do dono da obra (37.º), o ressarcimento do empreiteiro. Na empreitada por série de preços, pelo contrário, «havia como específico o facto de o risco da quantidade dos trabalhos ser suportado pelo dono da obra» (RUI MEDEIROS, 2010, 465): a remuneração resulta da aplicação dos preços unitários previstos às quantidades executadas (18.º), pelo que as quantidades previstas no contrato assumem natureza de previsão (PANAYOTIS GLAVINIS, *Le contrat international de construction*, Joly: Paris, 1993, 78-80), sendo a relevância dos erros e omissões, que não é despicienda [MIGUEL CATELA, *A contratação de empreitadas de obra pública em regime de preço global*, RTC, n.º 36, 2001, 115 – 154 (128)], subsumida no regime dos trabalhos a mais (26.º,37.º e 45.º, RJEOP). Nesta modalidade, o regime de controlo de custos é o travão que obsta a «que o dono da obra conceda uma espécie de cheque em branco ao empreiteiro quanto às quantidades de trabalhos a realizar» (DIOGO FREITAS DO AMARAL/ RUI MEDEIROS, *Obras Públicas – Do pagamento do prémio pela conclusão antecipada da empreitada*, Azeredo Perdigão Advogados, Coimbra, 2001, 60) in RODRIGUES, Pedro Nuno, “*A modificação objectiva do contrato de empreitada de obras públicas*”, Universidade Católica, Lisboa, 2012, ISBN 978 – 972 - 54 – 0349 – 5, p.52”.

⁴¹ «A jurisprudência do TC é, nesta matéria, restritiva: os erros e omissões apenas são relevantes se resultarem de circunstância imprevisível, que não «podia e devia ter sido prevista» (TC, n.º 167/06) in RODRIGUES, Pedro Nuno, “*A modificação objectiva do contrato de empreitada de obras públicas*”, Universidade Católica, Lisboa, 2012, ISBN 978 – 972 - 54 – 0349 – 5, p.53”.

«Conceptualmente distintos, à luz do regime de controlo de custos das obras públicas, os trabalhos de suprimento perdiam a sua autonomia na dogmática mais abrangente dos trabalhos a mais, como a sua *fattispécie*⁴².»

Na transposição do regime comunitário das obras complementares, o CCP consagra um modelo dualista, assente na distinção, no plano dos pressupostos e limites, entre trabalhos a mais e trabalhos de suprimento de erros ou omissões. A delimitação dos trabalhos a mais é, simultaneamente, positiva e negativa: não são trabalhos a mais aqueles que sejam necessários ao suprimento de erros e omissões, independentemente da parte responsável pelos mesmos (artigo 370.º, n.º 4 do CCP).

É de salientar, que no actual regime jurídico como forma de se ultrapassar situações ambíguas, sobre o pagamento dos trabalhos a mais, define no n.º 5 do artigo 370.º do CCP, que os mesmos devem ser objecto de contrato celebrado na sequência de procedimento adoptado nos termos do disposto no Título I da Parte II.

11- Análise de Jurisprudência:

- Análise do Acórdão n.º 1/2010/ Processo n.º 4-JRF/2008 relacionado com os trabalhos a mais.

Para finalizar e para um melhor estudo dos trabalhos a mais irei fazer um breve comentário ao “Acórdão n.º1/2010- 3ª Secção (Processo n.º4-JRF/2008) Descritores: Contrato adicional/ Autorização de despesa /Dono da obra/ Ajuste Directo/ Trabalhos a mais/ Empreitada de obra pública/ Circunstância imprevista/ Responsabilidade Financeira/ Abertura de concurso/ Valor dos Trabalhos/ Culpa/Responsabilidade Financeira.

Assim, em termos do Acórdão, lia-se na parte final sobre o direito que “não é mais sustentável e aceitável que se confundam conceitos básicos e estruturantes da assunção de despesas públicas em sede de empreitadas, em que as “circunstâncias imprevistas” a que alude o artº 26º do Decreto-Lei nº 59/99 indevidamente se assimilam a “circunstâncias resultantes de erros e falhas de projecto”, a circunstâncias “que visam melhorar o projecto, e ou a não retardar a execução de obra aguardada e apetecível para os munícipes”.

“Como se decidiu no Ac. n.º 002/2007, do Plenário da 3ª Secção, de 16.05.2007, in

⁴² “ Esta perda de autonomia era alastrada pelo TC a outras tipologias de trabalhos referidas no artigo 45.º, n.1, RJEOP: *os trabalhos resultantes de alterações do projecto da iniciativa do dono da obra* «decididas no curso da obra» (TC, n.º36/06), instituto dotado de autonomia normativa, que promovia a iniciativa técnica privada, no sentido da economia do contrato sem perda de utilidade da obra (30.º RJEOP) ” in RODRIGUES, Pedro Nuno, “*A modificação objectiva do contrato de empreitada de obras públicas*”, Universidade Católica, Lisboa, 2012, ISBN 978 – 972 - 54 – 0349 – 5, p.53”.

Revista do Tribunal de Contas, nº 48, pág 214, merece censura o erro quando não estão em causa normas erráticas, de difícil indagação ou susceptíveis de suscitarem especiais aporias hermenêuticas, mas normas que era suposto deverem ser conhecidas e cabalmente executadas por pessoas colocadas nas posições funcionais dos agentes e com a experiência que detinham”.

Após analisados os factos e o direito, considero que o Tribunal de Contas na sua decisão tem razão apenas parcialmente porque desde início que através dos factos foi dado como certo e como assente que o contrato foi celebrado relativamente a uma empreitada por série de preços que conforme está definido no artigo 18.º, n.º 1 do Decreto - Lei n.º 59/99, de 2 de Março, “a remuneração do empreiteiro resulta da aplicação dos preços unitários previstos no contrato para cada espécie de trabalho a realizar às quantidades desses trabalhos realmente executadas.”

Por outro lado, o recurso à modalidade de empreitada por série de preços, requer a aprovação prévia do ministro da tutela (artigo 18.º n.º2 do Decreto- Lei n.º 59/99).

Acontece que, entre os factos provados se regista que neste 3.º adicional que foi objecto de ajuste directo, pelo preço de €277.270,00 (segundo o ponto 17 da factualidade) era constituído por um montante de €124.579,62 correspondente a trabalhos executados a preços contratuais e um montante de €152.690,76 referentes a trabalhos executados com preços novos.

Ora, se no adicional estava inscrito um montante correspondente a trabalhos executados segundo preços contratuais então, esses trabalhos devem ser interpretados como trabalhos contratuais face à interpretação que deve ser dada a uma empreitada por série de preços que foi ou deveria ter sido devidamente autorizada pelo ministério da tutela.

Assim, em meu entender, ficaria apenas por analisar e por decidir o montante de €152.690,76, correspondente à parcela do 3.º adicional que foi determinada por execução de trabalhos a que foram atribuídos preços novos, ou seja, preços unitários não contratuais.

Este montante, e apenas este, poderia ser imputável a eventuais trabalhos a mais.

Este Acórdão refere e bem que a figura jurídica de trabalhos a mais pressupõe a “imprevisibilidade” dos trabalhos em causa. Conforme definição dada pelo artigo que passo a transcrever «a empreitada é estipulada por série de preços quando a remuneração do empreiteiro resulta da aplicação dos preços unitários previstos no contrato para cada espécie de trabalho a realizar às quantidades desses trabalhos realmente executadas». ⁴³

⁴³ Redacção alterada pela Lei n.º 163/99 de 14/09.

Efectivamente, verifica-se através da leitura dos factos provados que muitos dos trabalhos adicionais que ocorreram ao longo da empreitada e mesmo alterações ao projecto que serviu de base para o concurso tiveram origem numa avaliação deficiente da natureza do terreno previsto para a implantação do equipamento social constituído por parque desportivo e recreativo (objecto da empreitada), visto que, não houve um relatório geológico e geotécnico fundamentado numa campanha de sondagens como é aconselhável verificar-se para que o projecto de fundações e estruturas tenha em conta esse estudo na concepção das soluções construtivas o qual habitualmente é um elemento a fornecer pelo dono da obra à entidade projectista a não ser que seja convencionado de forma diferente.

A existir alguma “imprevisibilidade” que fundamentasse o pedido de trabalhos a mais apenas poderia decorrer dos factos provados e que foram abundantemente associados à deficiente avaliação da natureza do terreno. No entanto, o autor do projecto deverá ter elaborado um mapa de quantidade de trabalhos em cujo articulado deve ter apresentado um item específico para trabalhos de escavação, com a previsão dos respectivos preços unitários, em que supostamente terá explicitado que esses trabalhos de escavação e os consequentes preços unitários seriam assumidos pelo futuro adjudicatário como sendo válidos para terreno de qualquer natureza face à não existência de um relatório geológico e geotécnico que permitisse caracterizar com alguma precisão a natureza do terreno em causa.

Portanto, concretamente, no que se refere à natureza do terreno, o adjudicatário não pode invocar “imprevisibilidade” para efeitos de reclamação de trabalhos a mais, até porque atribuiu preço unitário para trabalhos de escavação e logo esses preços eram contratuais.

E sendo verdade, que o Tribunal de Contas apurou não existirem outras “imprevisibilidades”, por maior força de razão se deve dar como concluído não haver fundamentação para recurso de trabalhos a mais por parte dos demandados ou recorrentes.

Assim, segundo a minha interpretação, foi cometido um erro em termos de procedimento por ajuste directo para pagamento de trabalhos executados que foram interpretados como trabalhos a mais apenas no montante de €152.690,76 com base em preços novos, o que indicia a não previsão dos mesmos e portanto os demandados ou recorrentes deveriam apenas ter sido condenados sobre este aspecto.

Capítulo 4 – CONCLUSÕES.

Conclusões:

Ponto 1 - No princípio do século XX, as empreitadas e os fornecimentos de obras públicas eram regulados pelas cláusulas e condições gerais aprovadas por Decreto de 9 de Maio de 1906 e posteriormente, em 1969 foi promulgado o Decreto-Lei n.º 48871 em 19 de Fevereiro daquele ano, face à experiência colhida na longa vigência desse diploma pioneiro na regulamentação jurídica da contratação pública. Praticamente no final do século XX, surgiu o Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 Dezembro, que regula o regime jurídico das empreitadas de obras públicas, não contemplando contudo, de forma adequada, as medidas relativas à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas adoptadas pela Directiva n.º 93/37/CE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993. Constatou-se que o regime legal em vigor carecia de outras alterações, em ordem à melhor regulação do mercado de obras públicas, no sentido de tornar mais rigoroso e transparente todo o processo de concurso.

Assim surgiu, o Decreto - Lei n.º 59/99, de 2 de Março, apresenta face ao regime anterior, inovações resultantes de imperativos do direito comunitário e de exigências de sistematização do direito interno, com vista à criação de um sistema coerente com as restantes medidas legislativas levadas a cabo no sector das obras públicas, traduzidas no novo diploma que regula o acesso e permanência na actividade de empreiteiro de obras públicas e industrial de construção civil e na criação de um novo instituto público regulador deste sector.

Em Portugal, a contratação pública assumiu um papel importante após a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 18/2008 que aprovou o Código dos Contratos Públicos (CCP), o qual estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revistam a natureza de contrato administrativo. Trata-se do primeiro diploma com um duplo objecto no ordenamento jurídico português, assumindo -se, por isso, como um importante marco histórico na evolução do direito administrativo nacional e, em especial, no domínio da actividade contratual da Administração.

Ponto 2 - O IMOPPI é um instituto público dotado de personalidade jurídica, autonomia administrativa e financeira e patrimónios próprio criado pelo Decreto-Lei n.º 50/99, de 2 de Março, que extinguiu o Conselho de Mercados de Obras Públicas e Particulares. As principais competências do IMOPPI têm a ver com a atribuição de alvarás e concessão de licenças e no

acompanhamento da aplicação das normas que disciplinavam as empreitadas de obras públicas, incluindo o cumprimento das obrigações comunitárias do sector.

O IMOPPI submeteria semestralmente aos Ministros das Finanças e da sua tutela um relatório fundamentado sobre a aplicação das medidas de controlo de custos das empreitadas de obras públicas.

A aplicação das medidas de controlo de custos seriam objecto de acções inspectivas ordinárias anuais, a realizar por entidades competentes aprovadas pelos ministros das tutelas, bem como do regular acompanhamento pelo IMOPPI.

Conclui-se que o legislador deveria ter definido de forma clara, os intervalos de tempo entre acções inspectivas do IMOPPI, no acompanhamento do plano de execução das diversas empreitadas de obras públicas, para incutir maior eficácia por parte daquele instituto, na aplicação das normas disciplinares e, obter uma fundamentação mais rigorosa sobre os aspectos técnicos e financeiros a incorporar nos relatórios semestrais a submeter aos Ministros das Finanças e da sua tutela.

Deveria ter ficado definido, de forma clara, o âmbito das acções inspectivas ordinárias anuais por parte das entidades competentes, aprovadas pelos ministros das diferentes tutelas, como salvaguarda da não sobreposição de funções entres essas entidades e o IMOPPI, para diminuir o risco de diluição de responsabilidades que habitualmente aparece associado a este tipo de situações.

Ainda sobre a periodicidade das intervenções do IMOPPI, como forma de garantia da eficaz aplicação das medidas de controlo de custos, conclui-se que o antigo regime administrativo de empreitadas de obras públicas deveria ter explicitado esta questão, com base na duração, no custo, na natureza e complexidade dos diferentes tipos de obras.

Actualmente, o IMOPPI foi substituído por Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P., (InCI, I.P) e é orientado para a melhoria da competitividade e sustentabilidade das empresas do sector, e tem em vista a defesa do consumidor, que se pauta por uma gestão por objectivos devidamente quantificados e por uma avaliação periódica em função dos resultados, pela eficiência na utilização dos recursos disponíveis, pela observância dos princípios gerais da actividade administrativa e pela transparência e prestação pública de contas da sua actividade.

Ponto 3 - Com o Decreto-Lei n.º 149/2012, de 12 de Julho, procede-se à sétima e última alteração do Código dos contratos públicos.

O presente Decreto-Lei introduz alterações ao Código dos Contratos Públicos, tendo em vista o seu ajustamento ao disposto nas directivas comunitárias de contratação pública e o cumprimento dos compromissos assumidos no âmbito do Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, firmado entre o Estado Português e a União Europeia, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Central Europeu.

São eliminadas as excepções à aplicação integral do regime de contratação pública de que beneficiavam as instituições públicas de ensino superior constituídas sob a forma de fundação, os hospitais constituídos sob a forma de entidade pública empresarial, as associações de direito privado que prossigam finalidades, a título principal, de natureza científica e tecnológica e os laboratórios do Estado, passando todas estas entidades a submeter-se, em pleno, ao regime jurídico de contratação pública, regulado no CCP.

Procede-se à alteração do regime jurídico do ajuste directo, afastando -se a possibilidade de adopção deste procedimento para a formação de contratos de aquisição de serviços informáticos de desenvolvimento de software e de manutenção ou assistência técnica de equipamentos e estabelecendo -se a aplicação uniforme, independentemente da natureza da entidade adjudicante, dos limiares de € 75 000 e € 150 000, consoante se trate, respectivamente, de contratos de aquisição de bens e serviços ou de empreitadas de obras públicas.

Altera -se igualmente o regime de erros e omissões, dando resposta a alguns dos problemas práticos que neste domínio se têm vindo a colocar às entidades adjudicantes e aos operadores económicos, designadamente quanto à clarificação do universo dos erros e omissões abrangidos pelo CCP e à insuficiência do prazo concedido às entidades adjudicantes para se pronunciarem sobre as listas de erros ou omissões elaboradas pelos interessados. Revê -se ainda o regime dos trabalhos a mais e dos serviços a mais, com vista à não contabilização dos trabalhos de suprimento de erros e omissões para o apuramento do limite percentual que aqueles podem atingir face ao preço contratual.

Ponto 4 - O Estado desempenha um papel muito importante para o sector da construção civil e obras públicas ao assumir um papel regulador, não só através de produção de legislação, como também ao nível do ordenamento do território e da atribuição de alvarás. A sua função, reguladora, passa por criar as condições necessárias para que sejam respeitadas as regras de funcionamento do mercado. O Estado, enquanto entidade que assume o papel de dono da obra, deve, sempre que possível, estimular a procura, através da adjudicação de obras públicas.

A evolução positiva do sector da construção civil e obras públicas deveu-se à evolução da secção das obras de engenharia civil que contribuiu para o andamento global do sector.

Os contratos públicos constituem uma parte relevante da economia comunitária, movimentando 3,1% do PIB (Produto Interno Bruto ou seja o valor de todos os bens e serviços finais produzidos dentro de uma nação durante uma ano) da UE27 em 2008 e 2,5% em Portugal, no mesmo ano, de acordo com a base de dados do EUROSTAT (autoridade estatística da União Europeia), tornava-se pois decisivo para o mercado interno que se harmonizassem os processos de adjudicação destes contratos. A Directiva Comunitária n.º 2004/17/CE respeitante à formação de contratos de empreitada de obras públicas, contratos de fornecimentos e contratos públicos de serviços e a Directiva Comunitária 2004/18/EC respeitante aos denominados sectores especiais da água, energia, transportes e serviços postais, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, foram transpostas para a legislação nacional através do Decreto-Lei n.º 18/2008 de 29 de Janeiro, actualizado de acordo com a Declaração de Rectificação n.º 18-A/2008 de 28 de Março, que aprovou o Código dos Contratos Público (CCP). Este código estabelece a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos e torna-se o diploma que regula a sua formação e execução, definindo todos os procedimentos que decorrem desde o momento que se toma a decisão de contratar uma entidade até à formulação da adjudicação.

Ponto 5 - As regras da contratação pública previstas no Código dos Contratos Públicos (CCP) aplicam-se a todo o sector público administrativo tradicional: ao Estado, às Regiões Autónomas, às Autarquias Locais, aos Institutos Públicos, às Fundações Públicas, às Associações Públicas e às Associações de que façam parte uma ou várias pessoas colectivas referidas anteriormente, desde que sejam maioritariamente financiadas por estas, estejam sujeitas ao seu controle de gestão ou tenham um órgão de administração, de direcção ou de fiscalização cuja maioria dos titulares seja, directa ou indirectamente, designada pelas mesmas.

Todos os contratos a celebrar por uma das entidades deste sector estão sujeitos às regras do CCP, independentemente do seu valor.

Ponto 6 - Tendencialmente, as regras da contratação pública previstas no CCP aplicam-se a todo e qualquer contrato que as entidades adjudicantes pretendam celebrar, qualquer que seja a sua designação ou natureza.

Ponto 7 - O Código dos Contratos Públicos (CCP) português regula duas grandes matérias relativas aos contratos públicos: a formação e a execução.

A formação refere como os contratos públicos podem ser celebrados (por exemplo, concurso público ou ajuste directo), ou seja, estabelece as regras dos procedimentos que dão origem a um contrato público. Esta fase decorre desde que é tomada a decisão de contratar até ao momento em que o contrato é celebrado. Em Portugal, esta matéria é denominada de contratação pública.

A execução refere-se às regras imperativas ou supletivas que integram o regime substantivo dos contratos públicos e que formam as relações jurídicas contratuais. São aspectos muito importantes da execução do contrato: as obrigações e o poder das partes, o incumprimento ou a modificação do contrato, entre outros aspectos. A fase da execução do contrato decorre da celebração do contrato em diante.

Em Janeiro de 2008 foi introduzido o novo código de contratação, designado por CCP, que passa a obrigar a realização dos procedimentos de contratação com base em plataformas electrónicas via *web* e de forma não presencial. O novo Decreto-Lei n.º 18/2008 e as plataformas electrónicas de contratação pública surgem assim com o duplo objectivo de simplificar os anteriores processos e procedimentos, agilizando os mesmos, aumentando

Ponto 8 – No que respeita ao concurso público, nos casos de contratos de locação ou aquisição de bens móveis ou de contratos de aquisição de serviços, a entidade adjudicante pode recorrer a um leilão electrónico destinado a permitir aos concorrentes melhorar progressivamente as propostas.

Nos contratos de concessão de obras públicas e de concessão de serviços públicos a entidade adjudicante pode adoptar uma fase de negociação.

Ponto 9 - O Código dos Contratos Públicos, nos termos do n.º 4 do seu art.º 1º, introduziu três princípios aplicáveis à contratação pública: Princípio da transparência, princípio da igualdade e por último o princípio da concorrência.

Ponto 10 - O direito comunitário, primário e derivado, não regula a execução dos contratos públicos. Aliás, o Tratado da União Europeia (TUE) - na linha dos Tratados Constitutivos da Comunidades Europeias - não contém qualquer previsão específica sobre este tipo de contratos, entre os quais se inclui o contrato de empreitada de obras públicas (1.º, n.º 2, b), da Directiva). Os pressupostos e limites da modificação do contrato de empreitadas

não são objecto de regulação comunitária. Os pressupostos, definidos por cada Estado Membro, não são sindicados pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE). Em matéria de modificação dos contratos públicos, a preocupação incide na perspectiva contrária, a dos limites.

Não existe (ainda) uma especial vocação do direito da União Europeia para os aspectos relacionados com a fase da execução do contrato, mas é-lhe imanente a protecção das regras da contratação pública.

Ponto 11 – A empreitada é o modo mais usual de executar obras públicas.

No âmbito do direito privado, a empreitada consiste num contrato mediante alguém se compromete a realizar certa obra mediante um certo preço (artigo 1207.º do Código Civil). A empreitada é de certo modo considerada como uma espécie de contrato de prestação de serviços, tendo por objecto uma obra e não um serviço (artigos 1154.º e seguintes do Código Civil).

No âmbito do direito público e nos termos do n.º1 do artigo 343.º do CCP, “entende-se por empreitada de obras públicas o contrato oneroso que tenha por objecto quer a execução quer, conjuntamente, a concepção e a execução de uma obra pública que se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência na actividade de construção.

A empreitada é o modo mais usual de executar obras públicas.

Ponto 12 - A empreitada de direito privado segue o regime geral da formação do contrato estipulado nos artigos 224.º e seguintes do Código Civil.

A empreitada é regulado pelas regras gerais aplicáveis à formação do negócio jurídico, dado que não apresenta qualquer especificidade. O contrato deve ser precedido de uma fase pré-negocial, estando os contraentes obrigados a agir de acordo com os ditames da boa-fé – artigo 227.º, n.º1 CC.

A empreitada de obras públicas já obedece a outro procedimento, previsto no artigo 16.º do Código dos Contratos Públicos) que envolve o ajuste directo, o concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação, o procedimento de negociação e o diálogo concorrencial para a formação de contratos cujo objecto abranja prestações que estão ou sejam susceptíveis de estar à concorrência de mercado.

Ponto 13 – Quanto à capacidade das partes, no direito civil, há que distinguir entre as empreitadas de reparação e as empreitadas de nova construção.

As empreitadas de reparação são actos de administração ordinária, na medida em que podem ser celebradas por quem tenha capacidade para a prática de actos de mera administração (ex: inabilitados) – artigo 153.º do Código Civil.

As empreitadas de construção correspondem a actos de administração de disposição ou de administração extraordinária, na medida em que só podem ser celebrados por quem tenha capacidade para a sua prática.

Podem colocar-se problemas de legitimidade na empreitada, quer em relação ao empreiteiro quer em relação ao dono da obra. Assim, a parte que, de acordo com o contrato deva fornecer os materiais, apenas poderá fornecer materiais próprios e não materiais alheios, assim como a construção do imóvel dependerá da autorização do respectivo dono do solo (seja ele o dono da obra ou terceiro). A utilização de materiais alheios ou a construção em solo alheio não constitui, no entanto, causa de invalidade do contrato, embora determine a aplicação do regime da acessão, bem como a responsabilidade perante o respectivo proprietário.

No caso do contrato de empreitada de obras públicas, o artigo 344.º do CCP, explica-nos que são partes o dono da obra e o empreiteiro. Salvo nas matérias em que, em virtude da lei ou de estipulação contratual, se estabeleça diferente mecanismo de representação, durante a execução do contrato, o dono da obra é representado pelo director de fiscalização da obra e o empreiteiro por um director de obra. Sem prejuízo de outras limitações previstas no contrato, o director de fiscalização da obra não tem poderes de representação do dono da obra em matéria de modificação, resolução ou revogação do contrato. Na falta de estipulação contratual, durante os períodos em que se encontrarem ausentes ou impedidos, o director de fiscalização da obra e o director da obra são substituídos pelas pessoas que os mesmos indicarem para esse efeito, desde que, no caso do director de fiscalização da obra, a designação do substituto seja aceite pelo dono da obra e comunicada ao empreiteiro.

Ponto 14 - O Código Civil atribui ao dono da obra a faculdade de fiscalizar a execução da sua obra, desde que não perturbe o andamento ordinário da empreitada. O dono da obra pode controlar a forma como o empreiteiro executa a obra, designadamente que materiais é que utiliza, se está a ser respeitado o plano acordado e se há vícios ou não na construção. Assim, de acordo com o artigo 1216.º do Código Civil, o dono da obra, através da fiscalização, pode inclusivamente achar que se justifica fazer alterações ao plano convencionado e exigir que essas mesmas alterações.

Assim, a maior parte da doutrina qualifica como injuntiva esta faculdade de fiscalização por parte do dono da obra, considerando nula a cláusula que lhe retire esse direito. A esta posição opõe-se, no entanto, ROMANO MARTINEZ, sustentando que, através da fiscalização poderia o comitente tomar conhecimento de certos dados técnicos que o empreiteiro não estaria interessado em revelar como, por exemplo, novas técnicas de tingir tecidos ou de perfuração de túneis, pelo que, havendo motivos plausíveis, nada impede as partes de afastar essa fiscalização. Parece, no entanto, que a melhor posição é a que considera injuntiva a fiscalização do dono da obra, uma vez que sem esta faculdade ele perderia todo e qualquer controle sobre a execução que contratou, sendo o contrato qualificável como venda de bens futuros e não como empreitada.

Ponto 15 - A fiscalização da empreitada civil tem que ser realizada à custa do dono da obra, podendo ser efectuada por ele próprio ou por um comissário por si contratado. Sendo uma faculdade do dono da obra, naturalmente que ele pode deixar de exercê-la, sem incorrer em responsabilidade. O exercício da fiscalização não implica, no entanto, qualquer renúncia tácita do dono da obra aos direitos resultantes da sua má execução, mesmo que ele não se pronuncie sobre a mesma, podendo fazê-lo, dado que a lei determina que a fiscalização feita pelo dono da obra, ou por comissário, não impede aquele, findo o contrato, de fazer valer os seus direitos contra o empreiteiro, embora sejam aparentes os vícios da coisa ou notória a má execução do contrato, excepto se tiver havido da sua parte concordância expressa com a obra efectuada.

Ponto 16 - O principal dever do dono de uma obra é o pagamento do preço.

O preço na empreitada civil pode ser fixado através de várias modalidades, tais como: empreitada por preço global; empreitada por preço por artigo; empreitada preço por medida; empreitada por preço por tempo de trabalho; empreitada por preço por percentagem.

Ponto 17 - O dono da obra tem o dever de verificar e comunicar os resultados da obra ao empreiteiro, tem ainda o ónus de aceitar a obra. A aceitação corresponde a um dever na medida quando dependa o vencimento da obrigação de pagamento do preço.

A verificação é imposta pelo artigo 1218.º, n.º 1 do Código Civil, Nos termos do artigo 1218.º, n.º 2 do Código Civil, a verificação está sujeita a um prazo fixada pela lei remetendo para os usos, ou na falta destes, para um período razoável equacionado após o empreiteiro ter colocado o dono da obra em condições de a realizar.

Após a realização da verificação, os resultados da obra devem ser comunicados ao empreiteiro nos termos do artigo 1218.º, n.º 4 do Código Civil. A falta da comunicação, nos termos do artigo 1218.º, n.º 5 do Código Civil importa do mesmo modo que a falta de verificação, a aceitação da obra. A comunicação visa transmitir o resultado da verificação da obra, e não a efectuar a aceitação da obra. No entanto, o dono da obra pode incluir na comunicação essa mesma aceitação, quer expressa quer tácita (no caso do dono da obra confirmar a inteira conformidade da mesma com o plano acordado e a ausência de vícios), nos termos gerais da lei, nos termos do artigo 217.º do Código Civil).

Ponto 18 - Os direitos do empreiteiro na empreitada civil são: recepção do preço; direito de retenção.

O principal direito do empreiteiro é a recepção do preço.

O dono da obra pode suspender o pagamento do preço se o empreiteiro não realizar a obra ou se fizer a obra com defeitos.

A questão de determinar se o empreiteiro goza ou não de direito de retenção sobre a obra que constrói tem sido controversa na doutrina.

A proposta de VAZ SERRA, anteprojecto que esteve na base do Código Civil, contemplava expressamente a atribuição de direito de retenção ao empreiteiro. Essa proposta não passaria, no entanto, para a versão final do Código, o que leva PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA a sustentar a inexistência de direito de retenção do empreiteiro. Para estes autores, o direito de retenção constitui uma garantia excepcional, pelo que só se poderá aplicar nos casos previstos na lei, sendo que o direito de retenção do empreiteiro não se encontra previsto no art. 755.º, nem se pode considerar incluído no art. 754.º, uma vez que este artigo limita a atribuição do direito de retenção às despesas feitas por causa da coisa ou danos por ela causados, não abrangendo assim a situação do empreiteiro, que reclama antes o preço da empreitada, sendo este um crédito de natureza diferente dos créditos por despesas ou por danos causados.

Esta posição é, no entanto, rejeitada pela maioria da doutrina que claramente se pronuncia no sentido da concessão de direito de retenção ao empreiteiro. Argumenta-se neste sentido que o pagamento da empreitada não deixa de construir uma despesa feita por causa da coisa, uma vez que o preço corresponde à contrapartida pela incorporação na obra de materiais, trabalho e serviços pelo empreiteiro, sendo que o empreiteiro suporta sempre gastos que inclui na retribuição, para além da sua margem de lucro, não devendo esta, no entanto, ser

excluída do direito de retenção, uma vez que não faria sentido autorizar o dono a pagar apenas parte do preço da mesma para receber a obra.

Parece que é esta última posição a correcta, pelo que sustentamos igualmente a atribuição de direito de retenção ao empreiteiro.

Caso não seja pago o preço, o empreiteiro poderá reter a coisa até que o pagamento se realize.

Alguma doutrina sustenta que o direito de retenção do empreiteiro não poderá ser exercido sobre coisas da propriedade deste, como acontecerá no caso de coisa móvel com materiais fornecidos pelo empreiteiro (art.1212.º, n.º1), com o argumento de que só há direito de retenção sobre coisa alheia e não sobre coisa própria

Ponto 19 - Os deveres do empreiteiro na empreitada civil são: realização da obra, fornecimento de materiais e utensílios; guarda e conservação da coisa; entrega da coisa.

O dever principal do empreiteiro é a realização da obra. Segundo o Código Civil a obra deve ser executada conforme o que foi convencionado, e sem vícios que reduzam ou excluam o valor dela ou a sua aptidão para o uso ordinário ou previsto no contrato. Assim a execução da obra deve respeitar o plano convencionado, incluindo plantas, desenhos ou cadernos de encargos, bem como as regras de construção.

É obrigatório no contrato de empreitada o fornecimento de materiais e utensílios. Esses materiais e utensílios devem vir especificados no contrato. Caso não estejam estipulados a lei estipula que os materiais devem atender às características da obra e não podem ter qualidade inferior à média.

Se o dono da obra pedir ao empreiteiro para guardar uma determinada coisa, como acontece nas empreitadas de reparação, ou a propriedade da coisa já se tiver transferido para o dono da obra, nas empreitadas de construção, sem que a coisa lhe tenha sido entregue, o empreiteiro fica vinculado à guarda e conservação da coisa perante o dono da obra, nos mesmos termos do contrato de depósito.

Salvo se o dono da obra desistir, após a conclusão da obra o empreiteiro tem como obrigação entregar a coisa.

Em relação ao prazo, não havendo prazo estipulado para a obrigação, esta deverá considerar-se pura, pressupondo a interpelação do dono da obra para a entrega.

Ponto 20 - Existem vicissitudes do contrato de empreitada civil, nomeadamente alterações ao plano convencionado em que admite-se que possam surgir imprevistos que impliquem

alterações à obra, ou que o dono da obra, no decorrer da mesma, resolva executar modificações ao plano inicialmente acordado pelas partes. Consideram-se alterações as transformações que não modificam a natureza e que não têm autonomia em relação à obra convencionada; alterações da iniciativa do empreiteiro em que conclui-se que o empreiteiro deve realizar a obra em estreita concordância e aproximação ao que foi acordado entre este e o dono da obra. A razão de ser desta norma é a de proteger o dono da obra de uma possível actuação abusiva do empreiteiro propenso a elevar o custo da obra; alterações necessárias que engloba os casos em que a execução da obra impõe, em consequência de direitos de terceiro ou de regras técnicas, que sejam realizadas alterações ao plano convencionado; alterações exigidos pelo dono da obra em que existe a possibilidade do dono da obra “exigir que sejam feitas alterações ao plano convencionado, desde que o seu valor não exceda a quinta parte do preço estipulado e não haja modificações da natureza da obra” e por último, alterações posteriores à entrega e obras novas engloba as situações em que os trabalhos vão para além da relação de empreitada estabelecida entre aquelas partes, ou porque essa relação extinguiu-se definitivamente com a entrega da obra ou porque a obra efectuada não tem correspondência com o conteúdo do contrato em vigor entre as partes, ou seja, obras novas.

Pontos 21 - Na empreitada civil existem situações que levam à extinção do contrato. A primeira é a impossibilidade de cumprimento e o risco pela perda ou deterioração da obra. Onde se conclui que uma das causas genéricas de extinção das obrigações é a impossibilidade superveniente da prestação.

Se a execução da obra se tornar impossível por causa não imputável a qualquer das partes, é aplicável o disposto no artigo 790.º do Código Civil; tendo porém havido começo de execução, o dono da obra é obrigado a indemnizar o empreiteiro do trabalho executado e das despesas realizadas.

Já ao contrário da impossibilidade de cumprimento, no risco pela parte ou deterioração da obra continua a ser possível efectuar a realização da obra, mas esta, ou a parte da mesma já é realizada, vem a ser objecto de perda ou deterioração, havendo que determinar qual das partes deve suportar o correspondente prejuízo.

Assim, se por causa não imputável a qualquer das partes, a coisa parecer ou se deteriorar, o risco corre por conta do proprietário.

No entanto, o risco corre por conta do dono da obra se este estiver em mora quanto à verificação ou aceitação da coisa.

Outra das vicissitudes pode ser a desistência do dono da obra que segundo o Dr. Menezes Leitão trata-se de uma solução curiosa, uma vez que embora se admita a extinção do contrato por determinação apenas de uma das partes, em derrogação ao art. 406.º, não deixa de existir uma obrigação de indemnizar a outra parte pelo interesse contratual positivo.

Conclui-se assim, o dono da obra tem o direito de, em qualquer momento, desistir da empreitada, desde que indemnize o empreiteiro.

Por último outra causa de extinção da empreitada civil é a morte ou incapacidade do empreiteiro. O contrato que foi feito tendo em conta as qualidades de certa pessoa pode ser rescindido por morte dela. Extinto o contrato por morte ou incapacidade do empreiteiro, considera - se a execução da obra como impossível por causa não imputável a qualquer das partes.

Ponto 22 - Este trabalho debruça-se nos contratos de empreitada na medida em que as empresas de obras públicas têm um peso relevante na atribuição de verbas provenientes do orçamento geral dos Estado, cujo controlo deve ser encarado como uma parte importante do contrato das despesas públicas e consequentemente no objectivo primordial do saneamento das finanças públicas através de mecanismos públicos que imponham rigor no lado do controlo da despesa pública.

O Código dos Contratos Públicos também alterou a parte relativa à execução dos contratos de empreitadas de obras públicas, ao consubstanciar uma maior autonomia da entidade adjudicante.

Verificou-se e concluiu-se que à luz do direito a empreitada é um *“contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço”* e na execução da obra *“o empreiteiro deve executar a obra em conformidade com o que foi convencionado e sem vícios que excluam ou reduzam o valor dela, ou a sua aptidão para o uso ordinário ou previsto no contrato”*. *“O dono da obra pode fiscalizar, à sua custa, a execução dela, desde que não perturbe o andamento ordinário da empreitada”*. O fornecimento dos *“materiais e utensílios necessários à execução da obra devem ser fornecidos pelo empreiteiro, salvo convenção ou uso em contrário”* e se nada se estipular, ou seja, *“no silêncio do contrato, os materiais devem corresponder às características da obra e não podem ser de qualidade inferior à média”* Quanto à determinação e pagamento do preço, *“é aplicável à determinação do preço, com as necessárias adaptações, o disposto no artigo 883.º”*. e *“o preço deve ser pago, não havendo cláusula ou uso em contrário, no acto de aceitação da obra”*.

Ponto 23 - A abrir o Título II da Parte III do Código dos Contratos Públicos - Lei n.º 18/2008 de 29 de Janeiro - («Contratos em especial») encontra-se no capítulo referente ao contrato de empreitada de obras públicas – que se mantém, como um contrato administrativo por determinação da lei – através de uma redução do Título IV («Execução da empreitada») de contrato de empreitadas de obras públicas do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

A empreitada de obras públicas à luz do actual Código dos Contratos Públicos, é um contrato oneroso que tem por objecto quer a execução quer, conjuntamente, a concepção e a execução de uma obra pública que se enquadre nas subcategorias previstas no regime de ingresso e permanência na actividade de construção - (artigo 343.º, n.º 1 do CCP).

Ponto 24 - As principais linhas de força do capítulo das empreitadas de obras públicas podemos salientar: o abandono da tradicional tricotomia «empreitada por preço global, por série de preços ou por percentagem», sem prejuízo de a entidade adjudicante poder desenhar as empreitadas com qualquer desses figurinos; a clarificação do mecanismo de representação das partes e reforço dos poderes do director de fiscalização da obra (antigo fiscal da obra); a uniformização do regime de garantias administrativas do empreiteiro relativamente a eventos que devam ser formalizados em auto; a previsão de um observatório das obras públicas, ainda que dependente de lei especial que o crie e discipline, através do qual se monitorizarão os aspectos mais relevantes da execução dos contratos de empreitada de obras públicas; a consagração da regra que incumbe ao dono da obra (e no caso de empreitadas integradas em concessões, ao concedente, salvo estipulação em contrário), o procedimento administrativo de expropriação, constituição de servidões e ocupação de prédios necessários à execução dos trabalhos, ficando igualmente sob a sua responsabilidade o pagamento das indemnizações devidas; a previsão da regra segundo a qual as expropriações devem estar concluídas, na sua totalidade, antes da celebração do contrato, salvo quando o número de prédios a expropriar associado ao prazo de execução da obra tornem esta obrigação manifestamente desproporcionada; a circunscrição dos casos em que se admite consignação parcial; a racionalização por via de limitações acrescidas por comparação com o que resultava do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, do regime dos trabalhos a mais, que passam a depender de pressupostos mais apertados e deixam de incluir os trabalhos necessários ao suprimento de erros e omissões; a redefinição do regime da responsabilidade por erros e omissões, que passa a assentar na regara de que o empreiteiro assume a responsabilidade quando tenha a obrigação contratual ou pré-contratual de elaborar o programa ou o projecto de execução, excepto quando aqueles erros ou omissões sejam induzidos pelos elementos elaborados ou

disponibilizados pelo dono da obra que passa a variar consoante se trate de defeitos relativos a elementos construtivos estruturais (10 anos), a elementos construtivos não estruturais ou a instalações técnicas (5 anos) ou a equipamentos afectos à obra mas dela autonomizáveis (2 anos); a previsão de um relatório final da obra; e a clarificação do regime de extinção do contrato pelo dono da obra e pelo empreiteiro.

Não se pode deixar de referir que a disciplina do contrato de empreitada de obras públicas beneficia ainda das linhas de força do regime substantivo geral dos contratos administrativos que se encontra no Título I da Parte III do CCP.

Ponto 25 -Verificou-se que, ao nível da contratação pública, enquanto procedimento administrativo, é aplicável a generalidade dos princípios da actividade administrativa e que através do Código dos Contratos Públicos concluímos que a Contratação pública e de acordo com o artigo 1º, n.º2 do CCP que se refere à fase de formação dos contratos públicos, a qual se inicia com a decisão de contratar e termina com a celebração do contrato. Os contratos públicos são aqueles que são celebrados pelas entidades adjudicantes previstas no Código dos Contratos Públicos, independentemente da sua designação (por exemplo: protocolo, acordo, etc.) e da sua natureza (pública ou privada).

Ponto 26 - A execução de trabalhos a mais, no anterior regime do contrato administrativo de empreitadas de obras públicas pressupunha que o empreiteiro fosse notificado por escrito pelo dono da obra e recebesse por parte da fiscalização um projecto de alteração no qual, em princípio, não deviam constar preços diferentes dos contratuais ou anteriormente acordados para trabalhos da mesma espécie, caso esses trabalhos fossem executados nas mesmas condições dos previstos no contrato.

Além disso, a execução dos trabalhos a mais implicava a formalização de um contrato adicional ao contrato da empreitada.

Ponto 27 - O Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, que estabelecia o regime do contrato administrativo de empreitada de obras públicas surgiu pela necessidade de se proceder a uma revisão global do Decreto-Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro, visto que este último diploma não contemplava, de forma adequada as medidas relativas à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas adoptadas pela Directiva nº 93/37/CE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993 e por outro lado, era igualmente necessário proceder à

transposição da Directiva n.º 97/52/ CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997.

Entre vários aspectos integrados no Decreto-Lei n.º 59/99, considerados relevantes, salienta-se na alínea 11) do ponto I do preâmbulo, o seguinte objectivo que passamos a transcrever: “ um regime relativo ao «controlo de custos de obras públicas», o que implica uma restrição muito significativa da possibilidade da execução de trabalhos que envolvam aumento de custos resultantes, designadamente, de trabalhos a mais e erros ou omissões do projecto, instituindo-se mecanismos de controlo das condições em que tais trabalhos possam ser autorizados”.

Ponto 28 - Consideram-se trabalhos a mais aqueles cuja espécie ou quantidade não hajam sido previstos ou incluídos no contrato, nomeadamente no respectivo projecto, se destinem à realização da mesma empreitada e se tenham tornado necessários na sequência de uma circunstância imprevista, desde que se verifique qualquer das seguintes condições: a) quando esses trabalhos não possam ser técnica ou economicamente separados do contrato, sem inconveniente grave para o dono da obra; b) Quando esses trabalhos, ainda que separáveis da execução do contrato, sejam estritamente necessários ao seu acabamento.

Ponto 29 - Existe um carácter de obrigatoriedade para a execução de trabalhos a mais por parte do empreiteiro desde que lhe sejam ordenados por escrito pelo dono da obra e o fiscal da obra lhes forneça os planos, os desenhos, perfis, mapa da natureza e volume dos trabalhos e demais elementos técnicos indispensáveis para a sua perfeita execução e para a realização das medições.

A obrigação cessa se o empreiteiro optar pelo exercício do direito de rescisão ou quando os trabalhos a mais forem de espécie diferente dos previstos no contrato e o empreiteiro alegue que não possui os bens materiais nem os meios humanos indispensáveis à execução de tais trabalhos.

A execução de trabalhos a mais, no anterior regime do contrato administrativo de empreitadas de obras públicas pressupunha que o empreiteiro fosse notificado por escrito pelo dono da obra e recebesse por parte da fiscalização um projecto de alteração no qual, em princípio, não deviam constar preços diferentes dos contratuais ou anteriormente acordados para trabalhos da mesma espécie, caso esses trabalhos fossem executados nas mesmas condições dos previstos no contrato.

Além disso, a execução dos trabalhos a mais implicava a formalização de um contrato adicional ao contrato da empreitada.

Por outro lado, definia-se as condições em que poderiam ser executados trabalhos a mais de espécie diversa dos que constavam no contrato, assim, o procedimento para execução de trabalhos a mais de espécie diversa dos que constavam no contrato começava pela apresentação por parte do empreiteiro de uma lista de preços novos, no prazo de quinze dias a contar da data de recepção da ordem de execução de trabalhos. O empreiteiro poderia pedir a prorrogação para apresentação dessas listas de preços, por um prazo idêntico, caso a complexidade do projecto de alteração assim o justificasse. A decisão do dono da obra sobre a aceitação da lista de novos preços poderia atingir um período máximo de trinta dias, implicando a falta de decisão no primeiro período de quinze dias a aceitação dos preços apresentados pelo empreiteiro.

A não aceitação dos preços propostos pelo empreiteiro, por parte do dono da obra tinha que ser transmitida dentro do prazo legal, no entanto, o empreiteiro teria de mencionar os trabalhos de espécie diversa dos que constavam no contrato, com base nos preços indicados pelo dono da obra, até que houvesse acordo sobre a totalidade ou parte dos preços, ou estes se encontrassem fixados por arbitragem através de três peritos, sendo um designado pelo dono da obra, outro pelo empreiteiro e o terceiro por consenso entre ambas as partes e, em caso de desacordo, pelo extinto Conselho Superior de Obras Públicas e Transportes. Quando os preços definitivos ficassem determinados por acordo, por arbitragem ou por via judicial, haveria lugar à correcção dos preços para as diferentes qualidades de trabalhos e ao pagamento das diferenças existentes em relação aos trabalhos já executados, bem como ao pagamento do respectivo juro calculado a uma taxa fixada por despacho conjunto do Ministro das Finanças e do ministro responsável pelo sector das obras públicas.

Ponto 30 - Segundo o Decreto-Lei n.º 59/99, em qualquer momento dos trabalhos, o empreiteiro poderia propor ao dono da obra variantes ou alterações ao projecto relativamente a parte ou as partes dele ainda não executadas.

As variantes ou alterações deviam de obedecer ao disposto no diploma sobre os projectos de alteração ou variantes apresentadas pelo empreiteiro.

O dono da obra poderia ordenar a execução dos trabalhos incluídos na variante ou alteração de projecto apresentada pelo empreiteiro e objecto de aprovação pelo dono da obra desde que aceitasse o preço global ou os preços unitários propostos pelo empreiteiro ou sobre os quais chegasse a acordo após negociação.

Conclui-se que, apenas excepcionalmente as variantes ou alterações do projecto, apresentadas pelo empreiteiro, sobre parte ou partes dele ainda não executadas, se traduziriam em soluções vantajosas para o dono da obra.

Estava subjacente uma lógica de bonificação do proponente da variante ou alteração de projecto, aprovado que se traduzia no facto da variante ou alteração aprovada resultar economia, sem decréscimo da utilidade, duração e solidez da obra, o empreiteiro terá direito a metade do respectivo valor, ou seja, em relação às menores valias associadas à execução dos trabalhos, o estado beneficiaria em termos de custos de apenas metade do valor dessa economia.

Isto insere-se no objectivo nobre de controlo de custos das obras públicas, no entanto, concluo que na situação extrema da proposta de variante ou alteração de projecto ter ocorrido logo após o início das actividades integradas na empreitada, o valor da variante ou alteração de projecto deveria ser indexado ao valor do projecto de execução colocado a concurso, visto que o investimento do empreiteiro no estudo e concepção de uma variante ou alteração de projecto só deveria ser comensurável com os custos da prestação de serviços relativa ao projecto de execução colocado a concurso.

Assim, a menor valia da solução associada à variante ou alteração de projecto deveria traduzir-se num benefício para o erário público, de forma exclusiva, dentro do objectivo de controlo de custos das obras públicas.

Ponto 31 - O Decreto-Lei n.º 59/99 era omissivo em relação às mais-valias que adviessem da aprovação da variante ou alteração de projecto, apresentado pelo empreiteiro, mantendo ou melhorando a qualidade técnica da empreitada em termos de garantia da utilidade, duração e solidez da obra.

Ainda relacionado com a apresentação de variantes ao projecto, o dono da obra posta a concurso poderia autorizar, mediante declaração expressa constante do respectivo programa, que os concorrentes apresentassem variantes ao projecto ou a parte dele, com a condição de a variante apresentar o mesmo grau de desenvolvimento do projecto posto a concurso. A variante era apresentada conjuntamente com a proposta para a execução da empreitada de acordo com o caderno de encargos do concurso.

A proposta da variante apresentada e aprovada substituíria para todos os efeitos, o projecto do dono da obra, o seu todo ou na parte respectiva.

Assim, sobre variantes ao projecto do dono da obra conclui-se que a sua apresentação era autorizada durante o período de concurso, ou seja, ainda antes da adjudicação dos

trabalhos integrados na empreitada, isto é, o prazo previsto para a apresentação de variantes ao projecto não estava coerente com o ponto em que se permitia que em qualquer momento dos trabalhos, o empreiteiro pudesse propor ao dono da obra variantes ou alterações ao projecto relativamente à parte ou partes dele ainda não executadas.

Por outro lado, sobre o valor das alterações do projecto lia-se o seguinte: A importância dos trabalhos a mais ou a menos que resultar de alterações ao projecto será respectivamente adicionada ou diminuída ao valor da adjudicação.

Assim, em termos gerais, independentemente das alterações do projecto serem indicadas pelo dono da obra ou propostas pelo empreiteiro e aprovadas pelo dono da obra, sempre que haja economia determinada por trabalhos a menos, a respectiva importância seria diminuída do valor da adjudicação.

Conclui-se assim que, não há, consistência entre a dedução total da importância dos trabalhos a menos ao valor da adjudicação e a dedução de apenas 50% do valor da economia resultante de variante ou alteração de projecto, proposta pelo empreiteiro e, objecto de posterior aprovação pelo dono da obra.

Ponto 32 - Ainda no que respeita aos trabalhos a mais, com o antigo regime, havia lugar à apresentação dos mesmos para suprimento de erros e omissões, que deveriam ser reclamados no prazo de sessenta e seis dias, ou no que fosse para o efeito estabelecido no caderno de encargos, contados a partir da data da consignação da obra, mas nunca inferior a quinze dias. O prazo para detecção de erros e omissões poderia ainda ser alargado de forma subsequente por mais onze dias, caso o adjudicatário conseguisse demonstrar que lhe tinha sido impossível a detecção de erros ou omissões dentro do prazo estipulado no caderno de encargos.

Ponto 33 - Para que se possa estabelecer o contraponto com o actual Código dos Contratos Públicos torna-se necessário referir os limites legais para autorização de execução de trabalhos a mais definido no capítulo V - controlo de custos das obras públicas - do Decreto-Lei n.º 59/99 valor acumulado dos trabalhos a mais durante a execução de uma empreitada não poderia, em caso algum exceder 25% do valor do contrato dessa empreitada de obra pública.

Era igualmente definido, como critério de controlo de custos das obras públicas, que nos casos em que o valor acumulado dos trabalhos a mais excedesse 15% do valor do contrato de uma empreitada, ou se aquele valor acumulado fosse igual, ou superior a um milhão de contos (aproximadamente cinco milhões de euros), a entidade competente para a realização da

despesa inicial, inscrita no contrato, só poderia autorizar de forma supletiva a realização da nova despesa referente a trabalhos a mais, apenas, mediante a apresentação da proposta por parte do dono da obra devidamente instruída, com um estudo técnico-financeiro realizado por entidade externa e independente, fundamentando as causas e o valor da nova despesa.

Ponto 34 - O Decreto-Lei n.º 59/99 criou uma condição de excepção ao dono da obra, quanto à apresentação da proposta devidamente fundamentada e instruída com estudo realizado por entidade externa e independente, quando o valor acumulado dos trabalhos a mais excedesse 15% do valor do contrato da empreitada, ao permitir que nos casos em que o valor acumulado dos trabalhos a mais, fosse igual ou inferior a meio milhão de contos (aproximadamente dois milhões e quinhentos mil euros) se dispensasse a entidade competente para autorizar a despesa resultante do contrato inicial de qualquer justificação sobre o suprimento dos trabalhos a mais.

Significava que nas empreitadas de obras públicas cuja despesa resultante do contrato inicial fosse igual ou inferior a três milhões, trezentos e trinta e três mil e trezentos e trinta e três contos para as quais o valor acumulado dos trabalhos a mais fosse excedentário em relação a 15% do valor contratual, mas contudo inferior ou igual a quinhentos mil contos haveria, sem justificação aparente, dispensabilidade dos trâmites de parecer fundamentado para a realização da nova despesa e, portanto, conclui-se que o legislador acabou por diminuir a eficácia do controlo de custos das obras públicas consignada no texto do ponto 2 do artigo em questão.

Ponto 35 - O pressuposto essencial dos trabalhos a mais tem a ver com os trabalhos cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato.

Os trabalhos a mais são constituídos pelos requisitos necessários na sequência de uma circunstância imprevista; os requisitos destinados à execução da mesma obra e os requisitos que não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objecto do contrato sem inconvenientes graves para o dono da obra ou, embora separáveis, sejam estritamente necessários à conclusão da obra.

Não pode ser ordenada a execução de trabalhos a mais quando: a) tendo o contrato sido celebrado na sequência de procedimento de ajuste directo ao abrigo do disposto na alínea a) do artigo 19.º, o somatório do preço contratual com o preço atribuído aos trabalhos a mais, seja igual ou superior ao valor referido naquela alínea; b) tendo o contrato sido celebrado na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação e o somatório

do preço contratual com o preço atribuído aos trabalhos a mais, incluindo o de anteriores trabalhos a mais, seja igual ou superior ao valor referido na alínea b) do artigo 19.º, o anúncio do concurso não tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia; c) o preço atribuído aos trabalhos a mais, ultrapasse 40% do preço contratual.

Não são trabalhos a mais os que se destinem a suprir erros e omissões.

Ponto 36- Em 29 de Janeiro de 2008, foi publicado no Diário da República, 1ª série, o Decreto-Lei n.º 18/2008 que aprovou o novo Código dos Contratos Públicos estabeleceu a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos que revista a natureza de contrato administrativo.

Este diploma entrou em vigor seis meses após a data da sua publicação e o Decreto-lei n.º 59/99, de 2 de Março foi revogado integralmente a partir daquele prazo. O Código dos Contratos Públicos procede a transposição das Directivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março, alteradas pela Directiva n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro, e rectificadas pela Directiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão, de 16 de Novembro.

Ponto 37 - Segundo o preâmbulo do Decreto - Lei n.º 18/ 2008, de 29 de Janeiro, o CCP cria um conjunto homogéneo de normas relativas aos procedimentos pré-contratuais públicos, mas ao mesmo tempo estabelece a regulação de todos os procedimentos que não se encontram abrangidos pelos âmbitos objectivos e subjectivos das directivas comunitárias, mas que não deixam, por isso, de revestir a natureza de procedimentos pré-contratuais.

Por um lado, este novo diploma é caracterizado por ser um marco histórico na evolução do direito administrativo nacional, pelo seu duplo objecto no ordenamento jurídico português, ao estabelecer a disciplina aplicável à contratação pública e o regime substantivo dos contratos públicos de natureza administrativa, mas ao mesmo tempo é sublinhado que o CCP desenha uma linha de continuidade relativamente aos principais regimes jurídicos que se encontravam em vigor; em especial, o Decreto-Lei n.º 59/99 de 2 de Março, o Decreto-Lei n.º 197/99 de 8 de Junho e o Decreto-Lei n.º 223/01 de 9 de Agosto, que constituíam a matriz da contratação pública, de forma a garantir segurança e estabilidade jurídica aos operadores económicos.

Ponto 38 - Entre as principais linhas de força referentes às empreitadas de obras públicas é enfatizada a racionalização, por via de limitações acrescidas por comparação com o que

resultava do Decreto-Lei n.º 59/99 de 2 de Março, do regime de trabalhos a mais, que passam a depender de pressupostos mais apertados e deixam de incluir os trabalhos necessários ao suprimento de erros e omissões.

O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, faz notar que é instituída uma redefinição do regime de responsabilidade por erros e omissões, pelo que, em regra, o empreiteiro passa a assumir tal responsabilidade quando tenha a obrigação pré-contratual ou contratual de elaborar o programa do procedimento ou o projecto de execução, excepto quando os erros e omissões estejam subjacentes aos elementos elaborados ou disponibilizados pelo dono da obra.

Concluo sobre esta questão que, a redefinição da responsabilidade por erros e omissões não é evidenciada, de forma clara, visto que já no artigo 11.º do antigo regime administrativo de empreitadas de obras públicas se estabelecia que quando se tratasse de obras cuja complexidade técnica ou especialização o justificassem, o dono da obra posta a concurso poderia solicitar aos concorrentes a apresentação de projecto base, devendo para o efeito definir, com suficiente precisão, em documento pelo menos com o grau equivalente ao de programa base, os objectivos que desejasse atingir, especificando os aspectos que considerasse vinculativos.

No Capítulo I - Contratos de Empreitada de Obras Públicas da jurisprudência da 1ª secção do Tribunal de Contas, após a apresentação do texto do artigo 11.º do antigo regime passa a referir no parágrafo seguinte a possibilidade de recorrer a este modelo de contratação é pois excepcionalmente, sendo que o inadequado e ilegal recurso à figura da empreitada de concepção/ construção potencia a redução do universo dos concorrentes com o consequente risco do agravamento do resultado financeiro do concurso.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Contas, os meios e conhecimentos acrescidos que exige aos concorrentes designadamente na área do planeamento e projecto, e ainda pelo facto de o risco por erros e omissões do projecto se transferir para o empreiteiro, tornam a modalidade da empreitada de concepção/ construção por si, limitadora da concorrência.

Concluo que não existe propriamente uma redefinição de responsabilidade por erros e omissões por parte do empreiteiro quando tenha a obrigação pré-contratual ou contratual de elaborar o programa do procedimento ou o projecto de execução, á luz do novo Código dos Contratos Públicos.

Ponto 39 - No actual Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-lei n.º18/2008, de 29 de Janeiro, o valor dos erros e omissões é limitado pelo preço base, quando o contrato a celebrar implique o pagamento de um preço, o qual segundo o artigo 47.º é o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe apagar pela execução de todas as prestações que constituem o seu objecto.

O preço base corresponde por sua vez ao mais baixo dos seguintes valores: o valor fixado no caderno de encargos como base do preço contratual; o valor máximo do contrato a celebrar permitido pela escolha do procedimento, quando este for adoptado nos termos dos artigos 19.º, 20.º ou 21.º do Código dos Contratos Públicos; o valor máximo até ao qual o órgão competente, por lei ou por delegação, pode autorizar a despesa inerente ao contrato a celebrar.

Ponto 40 - Há lugar á apresentação de erros e omissões, quando o caderno de encargos do procedimento apresente os elementos da solução da obra, ou seja, o programa e o projecto de execução, e segundo o artigo 61.º do CCP, a apresentação da lista de erros e omissões do caderno de encargos, por parte dos interessados, ao órgão competente para a decisão de contratar, deverá ser feita até ao termo do quinto sexto do prazo fixado para a apresentação das propostas.

Os erros e omissões do caderno de encargos detectados pelos concorrentes até ao prazo limite acima indicado deverão referir-se a: aspectos ou dados que se revelem desconformes com a realidade; ou espécie ou quantidade de prestações estritamente necessárias à integral execução do objecto do contrato a celebrar; ou condições técnicas de execução do objecto do contrato, a celebrar, que o concorrente não considere exequíveis.

Ponto 41 - O caderno de encargos do procedimento para a formação de contratos de empreitada de obras públicas deve integrar o programa e o projecto de execução, que deverá ser acompanhado de uma lista completa de todas as espécies de trabalhos necessários à execução da obra a realizar e do respectivo mapa de quantidades, bem como de uma descrição dos trabalhos preparatórios ou acessórios.

Ainda, com o objectivo de mitigação do nível de erros e omissões, e consequentemente no plano das medidas de controlo de custos de empreitadas de obras públicas, quando a obra a executar assuma uma complexidade relevante ou quando sejam utilizados métodos, técnicas ou matérias de construção inovadores, o projecto de execução

deve ser objecto de prévia revisão por pessoa singular ou colectiva devidamente qualificada para a elaboração desse projecto e distinta do autor do mesmo.

Ponto 42 - Com o objectivo de restringir omissões nas peças do caderno de encargos, há elementos de solução da obra, que devem ser integrados nas peças escritas do projecto de execução em que o projecto de execução deve ser acompanhado, sempre que se revele necessário, dos seguintes elementos: levantamentos e análise de base e de campo; estudos geológicos e geotécnicos; estudos ambientais, incluindo declaração de impacto ambiental, nos termos de legislação aplicável; estudos de impacto social, económico ou cultural, incluindo a identificação de medidas de natureza expropriatória a realizar, dos bens e direitos a adquirir e dos ónus e servidões a impor; Resultados de ensaios laboratoriais ou outros; plano de prevenção e gestão de resíduos de construção e demolição, nos termos da legislação aplicável.

Para reforçar o peso da inclusão de parte ou da totalidade dos elementos atrás referidos, na composição do projecto de execução, é referido na alínea c) do n.º 8 do artigo 43.º do CCP, que caso o projecto de execução não seja acompanhado dos elementos referidos no n.º 5 poderá ser determinada a nulidade do caderno de encargos do procedimento.

Ponto 43 - Conclui-se que, no que diz respeito às estimativas orçamentais incluídas nas peças escritas do projecto de execução, só se irá atingir um certo nível de rigor se se basearem em mapas de quantidade de trabalhos igualmente rigorosos e se os autores do projecto determinarem os preços unitários com base nos preços correntes dos materiais e da mão-de-obra a utilizar em cada especialidade.

É importante salientar que, a formação da estimativa orçamental é de especial importância nos procedimentos de concurso limitado por prévia qualificação porque à partida o valor global estimado para a execução de uma empreitada de obra pública deverá servir de referencial para a formação do preço base que segundo o artigo 47.º do CCP é o preço máximo que a entidade adjudicante se dispõe a pagar pela execução de todas as prestações que constituem o seu objecto.

Portanto, conclui-se que à partida a entidade adjudicante define em relação à estimativa orçamental do projecto de execução uma margem de segurança na previsão do custo, para fixar o limite máximo que constitui o preço base, e que permite atender a aspectos imponderáveis durante as diversas fases de elaboração do projecto.

Senão, vejamos, num procedimento pré-contratual em que a entidade adjudicante considera que as medições e consequentemente o mapa de quantidade de trabalhos foram

executados com extrema precisão serão expectáveis desvios muito reduzidos em relação à estimativa orçamental apresentada no projecto de execução e que serve de base ao plano de financiamento do empreendimento.

Em situações desta natureza, se a entidade adjudicante não tomar uma decisão expressa, até ao termo do prazo para a apresentação de propostas, sobre eventuais reclamações de erros e omissões representadas pelos concorrentes considera-se que os mesmos não foram aceites face ao artigo 61.º do CCP.

Pelo contrário, havendo aceitação de parte ou da totalidade dos erros e omissões, os concorrentes deverão integrá-los nos documentos da sua proposta referentes à alínea b) no n.º1 do artigo 57.º do CCP, devendo identificar os termos de suprimento de cada um dos erros ou das omissões aceites e os respectivos valores incorporados nos preços indicados na proposta, sem contudo se ultrapasse o preço base.

À luz do novo Código dos Contratos Públicos os custos adicionais decorrentes do reconhecimento dos erros e omissões, por parte da entidade adjudicante, na fase de formação de contrato, passam a ser incluídos no preço contratual, o que não acontecia no anterior regime administrativo das empreitadas de obras públicas em que um único empreiteiro, neste caso no adjudicatário podia apresentar reclamações quanto a erros e omissões num prazo correlacionado com a data de consignação da obra, conforme descrito no artigo 14.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março.

Ponto 44 - Conclui-se também que o n.º 2 do artigo 61.º do CCP introduz uma excepção à regra geral que refere que se excepcionam-se os erros e omissões que os concorrentes, actuando com a diligência objectivamente exigível em face das circunstâncias concretas apenas pudessem detectar na fase de execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões detectados durante a fase de execução do contrato o n.º 1 do artigo 376.º do CCP define que o empreiteiro tem a obrigação de executar todos os trabalhos de suprimento de erros e omissões que lhe sejam ordenados pelo dono da obra, o qual deve entregar ao empreiteiro todos os elementos necessários para esse efeito, salvo, quando o empreiteiro tenha a obrigação pré-contratual ou contratual de elaborar o programa ou o projecto de execução.

Ponto 45 - O preço de execução dos trabalhos de suprimento de erros e omissões tem um limite estabelecido, pelo que, só pode ser ordenada a execução de tais trabalhos, quando o somatório do preço que lhes for atribuído, com preço de anteriores trabalhos de suprimento de erros e omissões e de anteriores trabalhos a mais não exceder 50% do preço contratual.

Ponto 46 - O empreiteiro não fica obrigado à execução dos trabalhos para suprimento de erros e omissões, quando opte por exercer o direito de resolução do contrato ou quando, sendo os trabalhos de espécie diferente dos previstos no contrato ou da mesma espécie de outros nele previstos, mas a executar em condições diferentes, o empreiteiro alegue que não dispõe de meios humanos ou de meios técnicos para a sua execução, de forma semelhante à interpretação dada ao n.º2 do artigo 371.º do CCP para as situações de trabalhos a mais.

Ponto 47 - No que diz respeito à fixação do preço e do prazo de execução dos trabalhos de suprimento de erros e omissões aplicam-se as mesmas regras que nos trabalhos a mais.

A execução dos trabalhos de suprimento de erros e omissões pode dar lugar ao prolongamento do prazo de execução da obra, da mesma forma que acontece para a prorrogação do prazo de execução da obra para trabalhos a mais.

Ponto 48 - À fixação do preço e do prazo de execução dos trabalhos de suprimento de erros e omissões é aplicável o disposto no artigo 373.º do CCP que é o previsto para aplicar ao preço e prazo de execução de trabalhos a mais.

A execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões pode dar lugar à prorrogação do prazo de execução da obra. O n.º 1 do artigo 374.º determina que nas situações de trabalhos a mais, o prazo de execução da obra é prorrogado de forma proporcional nos termos do disposto no artigo 373.º.

Assim, só há lugar à prorrogação do prazo de execução da obra, determinado pela execução de trabalhos de suprimento de erros e omissões, numa das seguintes situações: erros e omissões que tenham sido oportunamente detectados na fase de execução do contrato; erros e omissões que não pudessem ter sido detectados na fase de formação do contrato, de acordo com o disposto nos números 1 e 2 do artigo 61.º do CCP; erros e omissões detectados na fase de formação de contrato mas que não tenham sido aceites pelo dono da obra.

Conclui-se da comparação entre o Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, e o Decreto-Lei n.º18º/2008, de 29 de Janeiro, que está na definição dos limites do preço a pagar pela execução de trabalho de suprimento de erros e omissões, conforme referi ao longo da minha explanação e portanto, conclui que a interpretação a dar aos erros e omissões tem uma carga meramente formal visto que como é definido no artigo 377.º do CCP o preço e o prazo para a execução dos trabalhos para suprimento de erros e omissões, estão estabelecidos em moldes idênticos aos dos trabalhos a mais.

Ponto 49 – É de notar que a norma injuntiva (viii) do ponto quatro do preâmbulo do Decreto-Lei n.º18/2008 em que o legislador pretende estabelecer a racionalização do regime de trabalhos a mais, que passam a depender de pressupostos mais apertados e deixam de incluir os trabalhos necessários ao suprimento de erros e omissões acaba por se revestir de uma fraca eficácia no tocante ao controlo de custos de empreitada de obras públicas visto que como comprova o articulado do Código Contratos Públicos o preço e o prazo para a execução dos trabalhos para suprimento de erros e omissões são estabelecidos nos mesmos moldes dos trabalhos a mais.

Ponto 50 - A definição dos trabalhos a mais dada pelo artigo 26.º do Decreto-Lei n.º 59/99, de 2 de Março, que regulava o anterior regime administrativo das empreitadas de obras públicas foi transposta para o artigo 370.º do CCP, de forma integral.

São considerados trabalhos a mais aqueles cuja espécie ou quantidades não esteja prevista no contrato e que se tenham tornado necessários à obra na sequência de uma situação imprevista; não possam ser técnica ou economicamente separáveis do objecto do contrato sem inconvenientes graves para o dono da obra, ou mesmo que sejam separáveis, são mesmo necessários para a conclusão da obra.

Ponto 51 - A execução dos trabalhos a mais pode ser ordenada, quando o contrato tenha sido celebrado na sequência de ajuste directo adoptado ao abrigo do disposto no artigo 24.º do Código dos Contratos Públicos ou do n.º 1 do artigo 25.º; na sequência de procedimento de negociação; na sequência de diálogo concorrencial; na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação.

Ponto 52 - Quando o contrato for celebrado na sequência de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação e anunciado no Jornal Oficial da União Europeia, há lugar à execução de trabalhos a mais, no caso em que a soma dos preços dos trabalhos a mais com o preço contratual for igual ou superior a € 6.242.000.

A execução de trabalhos a mais só pode ser ordenada, quando o preço atribuído aos trabalhos a mais, somado ao preço de anteriores trabalhos a menos, não exceder 5% do preço contratual.

No entanto, o limite anterior pode ser elevado até 25% do preço contratual quando estejam em causa obras cuja execução seja afectada por condicionalismos naturais

imprevisíveis, tais como, obras marítimas-portuárias e obras mais complexas do ponto de vista geotécnico, nomeadamente a construção de túneis.

A execução dos trabalhos a mais só pode ser ordenada, quando a soma do preço atribuído aos trabalhos a mais com o preço de anteriores trabalhos a mais e de anteriores trabalhos de suprimento de erros e omissões não exceder 50% do preço contratual.

Ponto 53 - Atente-se que não são considerados trabalhos a mais aqueles que sejam necessários ao suprimento de erros e omissões, independentemente da parte responsável pelos mesmos.

Caso não se verifique algumas das condições necessárias à determinação da execução de trabalhos a mais que foram expostas ao longo do ponto 1 a 4 então, os trabalhos a mais devem ser objecto de contrato celebrado na sequência de procedimento adoptado nos termos do disposto no título I- Tipos e escolha de procedimentos da parte II – Contratação Pública do Código dos Contratos Públicos.

O empreiteiro é obrigado a executar os trabalhos a mais, desde que a execução lhe seja pedida por escrito pelo dono da obra, sendo entregue ao empreiteiro as alterações dos elementos da solução da obra, necessárias à sua execução, quando estes mesmos elementos tenham integrado o caderno de encargos relativo ao procedimento de formação de contrato, conforme previsto no n.º1 do artigo 371.º do CCP.

O empreiteiro fica, no entanto, desobrigado à execução dos trabalhos a mais, quando opte por exercer o direito de resolução do contrato ou quando, sendo os trabalhos a mais de espécie diferente dos previstos no contrato ou da mesma espécie de outros nele previstos, mas a executar em condições diferentes, o empreiteiro não disponha dos meios humanos ou técnicos indispensáveis para a sua execução conforme o previsto no n.º2 do artigo 371.º do CCP.

O empreiteiro pode, no prazo de dez dias a contar da recepção da ordem do dono da obra de execução de trabalhos a mais, reclamar desta mesma ordem, desde que a recusa seja devidamente fundamentada, quer no que respeita ao n.º 2 do artigo 371.º, quer no que respeita ao n.º 1 do artigo 370.º.

Após a data da recepção da reclamação apresentada pelo empreiteiro, o dono da obra deve apreciar a mesma no prazo de dez dias.

Quando o dono da obra considere que a fundamentação apresentada pelo empreiteiro para a não execução dos trabalhos é injustificada pode optar por uma das seguintes decisões: notificar o empreiteiro com, pelo menos, cinco dias de antecedência, para a execução dos

trabalhos a mais; optar pela execução dos trabalhos a mais directamente ou por intermédio de terceiro, quando o empreiteiro tenha manifestado de forma peremptória a intenção de não os executar, sendo aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos números 2 a 4 do artigo 325.º.

O artigo 325.º do CCP, já atrás referido, constitui a norma aplicável ao incumprimento por facto imputável ao co-contratante.

Quando após a respectiva notificação, o empreiteiro não dê início à execução dos trabalhos, pode o dono da obra, sem prejuízo do poder de resolução do contrato optar por uma das seguintes decisões: aplicar ao empreiteiro uma sanção pecuniária compulsória, por cada dia de atraso, em valor correspondente a 1‰ (um por mil) do preço contratual, sem prejuízo de o contrato poder prever valor mais elevado; pela execução dos trabalhos a mais, directamente ou por intermédio de terceiro.

Ponto 54 - Na falta de estipulação contratual, o preço a pagar pelos trabalhos a mais e o respectivo prazo de execução são fixados nos seguintes termos: quando os trabalhos a mais forem da mesma espécie de outros previstos no contrato e a executar em condições semelhantes, então o preço a aplicar será de acordo com as respectivas quantidades e os preços unitários contratuais e os prazos parciais de execução serão proporcionais aos que estejam previstos no plano de trabalhos para essa mesma espécie de trabalhos; quando os trabalhos a mais não forem da mesma espécie daqueles que estão previstos no contrato, ou se forem da mesma espécie, as suas condições de execução apresentam aspectos diferentes dos trabalhos contratuais, o empreiteiro deve apresentar uma proposta de preço e prazo de execução, a qual deverá ser apresentada no prazo de dez dias a contar da data da notificação da ordem de execução dos mesmos.

Ponto 55 - Quando o dono da obra considere que não há justificação para a não execução dos trabalhos a mais, este pode notificar o empreiteiro com, pelo menos, cinco dias de antecedência, para execução dos trabalhos a mais; ou optar pela execução dos trabalhos a mais, directamente ou por intermédio de terceiro, quando o empreiteiro tenha manifestado de forma peremptória a intenção de não os executar, sendo aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos números 2 a 4 do artigo 325.º do CCP referente a incumprimento por facto imputável ao co-contratante.

Caso tenha ocorrido notificação do empreiteiro nos termos acima referidos, e mesmo assim este não dê início à execução dos trabalhos, pode o dono da obra, sem prejuízo do poder de resolução do contrato adoptar uma das seguintes medidas: aplicar ao empreiteiro uma sanção pecuniária compulsória correspondente a 1‰ (um por mil) do preço contratual, por cada dia de atraso, sem prejuízo de o contrato poder prever valor mais elevado; ou optar pela execução dos trabalhos a mais, directamente ou por intermédio de terceiro.

O preço a pagar pelos trabalhos a mais e o respectivo prazo de execução, na falta de estipulação contratual, são fixados nos seguintes termos: caso os trabalhos a mais sejam da mesma espécie de outros previstos no contrato e a sua execução seja feita em condições semelhantes, então o preço a aplicar será o preço contratual determinado a partir das quantidades de trabalho e dos respectivos prazo parcial de execução e preços unitários; e o prazo parcial de execução será proporcional ao prazo previsto no plano de trabalhos para essa espécie de trabalho; caso os trabalhos a mais não sejam da mesma espécie daqueles que estão previstos no contrato, ou se forem da mesma espécie mas a execução dos mesmos for realizada em condições diferentes, o empreiteiro deve apresentar uma proposta de preço e prazo de execução, devendo esta proposta de execução dos trabalhos a mais ser apresentada no prazo de dez dias contados a partir da data de notificação da ordem de execução dos mesmos.

Ponto 56 - Quando não houver acordo sobre parte ou a totalidade dos preços propostos ou sobre o prazo de execução, os trabalhos a mais são executados e pagos com base na contra-proposta do dono da obra, efectuando-se a eventual correcção, acrescida, no que respeita aos preços, dos juros de mora devidos, logo que haja acordo ou determinação judicial ou arbitral sobre o assunto.

Quando houver lugar à execução de trabalhos a mais, o prazo de execução da obra é proporcionalmente prorrogado de acordo com os prazos definidos nos termos do disposto no artigo 373.º do Código dos Contratos Públicos, no entanto, não haverá lugar a prorrogação quando esteja em causa a execução de trabalhos a mais que não prejudique o normal desenvolvimento do plano de trabalhos a provado pelo dono da obra.

Após a definição dos termos e condições a que deve obedecer a execução dos trabalhos a mais, o dono da obra e o empreiteiro devem proceder à respectiva formalização por escrito.

Finalmente, cabe referir que salvo em caso de impossibilidade de cumprimento, o empreiteiro só pode deixar de executar quaisquer trabalhos previstos no contrato através de

ordem emitida pelo dono da obra, especificando esses trabalhos a menos, cujo preço será deduzido ao preço contratual.

Ponto 57 - No que concerne à interpretação e aplicação dos procedimentos relativos à execução de trabalhos a mais, o n.º do artigo 45.º do Decreto-Lei n.º 59/99 dizia que quando o valor acumulado dos trabalhos a mais exceda 15% do valor do contrato de empreitada, ou se tal valor acumulado fosse igual ou superior a um milhão de contos (aproximadamente cinco milhões de euro), a entidade competente para a realização da despesa inicial só poderia emitir decisão favorável à realização da despesa inicial só poderia emitir decisão favorável à realização da nova despesa relacionada com os trabalhos a mais, mediante proposta apresentada pelo dono da obra que teria de ser devidamente fundamentada e instruída com um estudo realizado por entidade externa e independente.

Actualmente o Código dos Contratos Público através do artigo 315.º, relativo à obrigação de transparência, determina que os actos administrativos do contraente público ou os acordos entre as partes que impliquem quaisquer modificações objectivas do contrato e cujo valor acumulado seja superior a 15% do preço contratual devem ser imediatamente publicitados, pelo contraente público no portal da internet dedicado aos contratos públicos, com a obrigatoriedade de manutenção da publicidade até seis meses após a extinção do contrato. A publicitação anteriormente mencionada é condição de eficácia dos actos administrativos ou acordos modificativos, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos.

Portanto, enquanto no anterior regime do contrato administrativo de empreitada de obras públicas era exigível que a proposta do dono da obra fosse devidamente fundamentada e instruída com um parecer técnico-económico realizado por uma entidade externa e independente, para que, a entidade competente para a realização da defesa inicial pudesse emitir decisão favorável ao pagamento da nova despesa relacionada com a execução de trabalhos a mais, sempre que o seu valor excedesse 15% do valor do contrato, no actual Código dos Contratos Públicos tenta-se justificar a eficácia dos actos administrativos ou acordos modificativos do contrato quando o valor acumulado dos trabalhos excede 15% do preço contratual através de um mero processo de publicitação nem portal da internet dedicado aos contratos públicos, que não tem a mesma objectividade de um parecer de uma entidade externa e independente e que só era dispensado quando o valor do contrato fosse inferior a meio milhão de contos.

Ponto 58 - O Decreto-Lei n.º59/99 determinava que o dono da obra não poderia, em caso algum, autorizar a realização de trabalhos a mais previstos no artigo 26.º do mesmo diploma, alterações ao projecto, variantes ou alterações ao plano de trabalhos, da iniciativa do empreiteiro, caso o seu valor acumulado durante a execução da empreitada excedesse 25% do preço contratual, e no actual Código dos Contratos Públicos de acordo com a alínea d) do n.º 2 do artigo 370.º, o somatório do preço atribuído aos trabalhos a mais com o preço de anteriores trabalhos a mais e de anteriores trabalhos de suprimento de erros e omissões não pode exceder 50% do preço contratual.

Assim, conclui-se que o actual Código dos Contratos Públicos ao permitir uma amplitude de variação do preço contratual que pode atingir o dobro do limite permitido no anterior regime jurídico de empreitadas de obras públicas acaba por padecer de um grau de exigência do contrato de custos das obras públicas que é manifestamente inferior ao que estava consignado no Decreto-Lei n.º 59/99, no que respeita à permissão de execução de trabalhos a mais.

O preço dos trabalhos a mais não pode exceder 5% do preço contratual, ora isto significa que se a soma do preço dos trabalhos a mais e dos trabalhos para suprimento de erros e omissões podem vir a ser executados até ao valor limite de 45% do preço contratual.

E, apenas, quando estejam em causa obras cuja execução seja afectada por condições naturais imprevisíveis, tais como, obras marítimas-portuárias e obras mais complicadas do ponto de vista geotécnico, em especial a construção de túneis, em que o limite do preço atribuído aos trabalhos é elevado para 25% do preço contratual, fica implícito que o valor limite dos trabalhos para suprimento de erros e omissões não pode exceder 25% do preço contratual.

Se é facto, que o articulado do Código dos Contratos Públicos acabou por consubstanciar uma das principais linhas de força do capítulo das empreitadas de obras públicas, no que respeita ao regime dos trabalhos a mais, que passam a depender de pressupostos mais apertados e deixam de incluir os trabalhos para suprimento de erros e omissões, conforme se lê no preâmbulo do Decreto-Lei n.º18/2008, de 29 de Janeiro, pelo que o seu valor limite após dedução dos trabalhos a menos não a pode exceder 5% do preço contratual, não é menos lícito concluir-se, que não houve o mesmo tipo de preocupação em relação aos trabalhos para suprimento de erros e omissões, quando se admite que em geral o valor limite pode atingir 45% do preço contratual e que aparenta controlo de custos das empreitadas de obras públicas.

Ponto 59 - O projecto de execução descrito no artigo 43.º como um dos elementos da solução da obra que constitui parte integrante do caderno de encargos do procedimento de formação de contrato de qualquer empreitada de obra pública e cujo n.º2 do artigo em questão determina que, quando a obra a executar assuma uma complexidade relevante ou quando se esteja na presença da utilização de métodos construtivos, técnicas ou materiais de construção inovadores, o projecto de execução deverá então, ser objecto de prévia revisão por pessoa singular ou colectiva devidamente qualificada para a elaboração desse projecto e distinta do autor do mesmo.

A questão da obrigatoriedade da revisão de projecto introduzida no n.º2 do artigo 43.º do CCP, no caso de obras de complexidade relevante, prende-se com a necessidade de recorrer a mecanismos de garantia da qualidade global de construção estabelecendo a montante um controlo rigoroso da qualidade do projecto que servirá de base à implementação da obra pública.

Assim, a qualidade técnica dos projectos de obras de complexidade deixa de depender apenas da equipa de projecto através de uma intervenção mais técnica da entidade adjudicante conseguida com a construção de uma equipa revisora que terá como missão acompanhar e verificar o conteúdo multidisciplinar do mesmo e a sua adequação ao programa preliminar, em que o dono da obra definiu os objectivos, as características orgânicas e funcionais e condicionamentos financeiros da obra.

Ponto 60 - Assim, como já foi referido este trabalho prende-se também com a análise objectiva do tipo de fiscalização que o Tribunal de Contas consegue fazer de forma consequente em relação a estas situações ilícitas assim como a estudo da Lei Orgânica do Tribunal de Contas para verificar quais são os aspectos sobre competências que não estão ajustados a uma eficaz fiscalização do cumprimento dos orçamentos integrados nos contratos realizados entre as entidades adjudicantes e as entidades prestadoras de serviços (empresas privadas).

O estudo dos trabalhos a mais é uma matéria que tem sido polémica mesmo com a criação de referências jurídicas específicas através de diplomas legislados para o efeito sem que o órgão de fiscalização que é o tribunal de contas consiga na maioria das situações garantir a justa aplicação das normas consignadas nesses diplomas com vista a garantir um rigoroso controlo dos custos das obras públicas.

Ponto 61 - No regime especial da empreitada de obras públicas o Código dos Contratos Públicos (CCP), não prevê o facto de a administração modificar o contrato com fundamento geral em *razões de interesse público* – verificados certos pressupostos e limites, reconhecida em ordenamentos estrangeiros e não questionada pelo direito comunitário –, nem a modificação, dirigida à solvência do contrato e do empreiteiro, nos casos de a patologia em que, por *alteração anormal e imprevisível das circunstâncias*, a execução se torne excessivamente onerosa para o empreiteiro.

A disciplina geral das modificações objectivas do contrato administrativo inclui o poder de conformação da relação contratual de modificar unilateralmente as cláusulas respeitantes ao conteúdo (e ao modo de execução) das prestações previstas no contrato por razões de interesse e a modificação consensual ou judicial, por alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a sua decisão de contratar.

Ponto 62 - O CCP regula a possibilidade de no âmbito de um contrato em curso, ser ordenada a execução de trabalhos não previstos através de dois institutos: os trabalhos a mais e os trabalhos de suprimento dos erros e omissões.

Os trabalhos a mais têm evidente inspiração no regime comunitário das obras complementares, embora constituam fundamento da modificação de um contrato e não, como na Directiva, de nova contratação (directa). Compreende-se que assim seja respeitando, ambas as figuras, a trabalhos acrescidos aos previstos, os trabalhos a mais (juntamente com os de suprimento) constituem ainda que de forma incompleta, a densificação, no nosso ordenamento, do instituto das obras complementares. Esta densificação é inovadora. O legislador comunitário adopta uma formulação abrangente de obras complementares, que tanto podem resultar de um falso conhecimento da realidade na preparação do procedimento adjudicatário. Como de circunstância superveniente ao contrato. Distinguindo as duas realidades, o CCP transpõe o regime comunitário rompendo com o seu modelo monista.

Entre nós, a construção dualista do CCP marca também um progresso relativamente à anterior legislação das empreitadas de obras públicas.

O modelo dualista, assenta na inequívoca distinção, no plano dos pressupostos e limites, entre trabalhos a mais e trabalhos de suprimento.

BIBLIOGRAFIA:

Livro/ Monografia:

ALMEIDA, João Amaral e; SÁNCHEZ, Pedro Fernández, “*Temas de Contratação Pública I*”. 1.^a ed., Coimbra Editora, 2011, ISBN 9789723219463.

ANDRADE DA SILVA, J., “*Código dos Contratos Públicos – Comentado e Anotado*”. Coimbra, Almedina, 2009.

BDJUR, Código dos Contratos Públicos. 7.^a ed. Almedina, 2012, ISBN 978-972-40-4932-8.

CARVALHO, Raquel, “*Contratação Pública*”. Universidade Católica, 2003, ISBN 978-972-80-6956-8.

CAUPERS, João, “*Introdução ao Direito Administrativo*”. 10.^o ed. Âncora Editora, 2009, ISBN 978-972-78-2460-3.

ESTORNINHO, MARIA JOÃO, “*Contratos da administração pública*”, Almedina, Coimbra, 1999.

GONÇALVES, Pedro “*Estudos de contratação pública I*”. 1.^a ed., Coimbra Editora, 2008, ISBN 9789723216486.

MARIANO, Cura João, “*Responsabilidade Contratual do Empreiteiro pelos Defeitos da Obra*”. 3.^a ed., 2008.

MARTINEZ, Pedro Romano, “*Da Cessação do Contrato*”. 2005.

MARTINEZ, Pedro Romano, “*Direito das Obrigações*” (parte especial - Contratos. Compra e venda, Locação, Empreitada), 2.^a ed.- 4.a reimpressão da edição de Maio de 2001, Almedina, ISBN 978-972-40-1547-7.

MENEZES CORDEIRO, A., “*Manual de Direito Comercial*”. Vol. I Coimbra, Almedina, 2001.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Telles de, “*Direito das Obrigações - Contratos em especial*”. Vol. III, 6.^a ed., Almedina, Abril 2009, ISBN 978-972-40-3850-6.

NETO, Abílio, “*Código Civil Anotado*”. 17.^o ed. Revista e Actualizada, Ediforum, Edições Jurídicas, Lda, Abril 2010, ISBN 978-972-8035-98-3.

RODRIGUES, A; CARVALHO, C; CRAVO, DE AZEVEDO, G., “*SNC – Contabilidade Financeira: Sua aplicação*”. Coimbra, Almedina, 2010, ISBN: 978-972-404-238-1.

RODRIGUES, Pedro Nuno, “*A modificação objectiva do contrato de empreitada de obras públicas*”. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, ISBN: 978-972-54-0349-5.

SILVA, Jorge Andrade e, “*Código dos Contratos Públicos*”- comentado e anotado. Pág. 387.

TELLES, Inocêncio Galvão,” *Manual dos Contratos em Geral*”. 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

VIANA, Cláudia, “*Os princípios comunitários na contratação*”. Coimbra Editora, 2007,ISBN 978-723-21-517-5.

VIANA, Cláudia, “*Legislação da Contratação Pública*”. 2008,Porto Editora, ISBN 978-972-006-718-0.

COELHO, Sandra Maria - “*A cooperação no sector da Construção Civil e Obras Públicas*”. Universidade de Aveiro - Instituto Superior de Contabilidade e Administração, 2011. Pág. 49. Dissertação de mestrado em Contabilidade.

PEREIRA, Jorge Manuel Gamito - “Avaliação da acessibilidade *web* das plataformas eletrónicas de contratação pública em Portugal” - Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro,2010.Pág.6.Dissertação de mestrado em Engenharias. Disponível em <http://www.repositório.utad.pt>.

Dissertações/Teses:

Dissertação de mestrado em Engenharia Civil da Universidade técnica de Lisboa. Disponível em: <https://dspace.ist.utl.pt/bitstream/2295/250294/1/Tese%20Final.pdf>.

Documentos Electrónicos (Internet):

CORREIA, Sérvulo - “ *IV Módulo - Contratos Públicos*”. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 7 a 11 de Novembro de 2011. Pág.39. Disponível em http://www.servulo.com/xms/files/Noticias/2011/CURSO_POS_GRADUACAO_SOBRE_DIREITO_DOS_CONTRATOS_-_2011_SC_2011.pdf.

DIAS, Fátima, “*O contrato de empreitada – o regime das alterações ao plano convencionado.*”Disponível em http://www.verbojuridico.com/doutrina/2011/fatimadias_contratoempreitada.pdf.

“*Contratos públicos.*” Disponível em http://europa.eu/youreurope/business/profitng-from-eu-market/benefiting-from-public-contracts/portugal/index_pt.htm.

“*Contratos Públicos – Online.*” Disponível em <http://www.base.gov.pt>.

“*Contrato de empreitada – Conceito de empreitada*”. Disponível em http://octalberto.no.sapo.pt/contrato_de_empreitada.htm.

Publicações periódicas:

PIRES, Miguel Lucas, “ *Âmbito de Aplicação da Limitação da Liberdade de Escolha das Entidades a Convidar para a Participação no Procedimento de Ajuste Directo*”. Disponível em Revista CEDIPRE ONLINE I 3.

Publicação no “*Jornal de Notícias*” a 2009-01-09 de um artigo sobre Ajuste Directo. Disponível em [http:// www.jn.pt](http://www.jn.pt).

MEDEIROS, Rui/ TORGAL, Lino. “*Gestão de riscos e o Código da Contratação Pública (CCP) - Que consequências para o dono de obra, projectista e empreiteiro? – Gestão de Riscos nas Empreitadas (perspectiva jurídica)* ”, 6 de Maio de 2011. Ordem dos Engenheiros. Disponível em <http://www.ordemengenheiros.pt>.

Legislação:

Acórdão n.º 0409249 do Tribunal da Relação do Porto, 20 de Setembro de 1990. Disponível em <http://vlex.pt/>.

Acórdão n.º 8/2004 – 8 de Junho - 1ªS/Pl. Disponível em [Acórdão 8/2004-Jun-8-1ªS/Pl ; http://www.tcontas.pt](http://www.tcontas.pt).

Acórdão n.º 14/2010 – 13 de Abril de 2010 - 1ª S/SS referente ao Processo n.º 105/2010. Disponível em <http://www.tcontas.pt>.

Acórdão n.º1/2010 – 3ª Secção, referente ao Processo n.º4-JRF/2008. Disponível em <http://www.tcontas.pt>.

Decreto - Lei de 9 de Maio de 1906. Disponível em <http://www.dre.pt>.

Decreto-Lei n.º 48871, de 19 de Fevereiro de 1969. Disponível em <http://www.dre.pt>.

Decreto-Lei n.º 235/86 de 18 de Agosto. Disponível em <http://www.dre.pt>.

Decreto-Lei n.º 320/90, de 15 de Outubro. Disponível em <http://www.dre.pt>.

Decreto - Lei n.º 405/93, de 10 de Dezembro. Disponível em <http://www.dre.pt>.

Decreto - Lei n.º 59/99 de 2 de Março. Disponível em <http://www.dre.pt>.

Decreto – Lei n.º18 /2008, de 29 de Janeiro. Disponível em <http://www.dre.pt>.

Decreto - Lei nº 223/2009 de 11de Setembro. Disponível em <http://www.inci.pt>.

Directiva Comunitária 71/304/CEE do Conselho de 26 de Julho de 1971. Disponível em <http://www.dre.pt>.

Directiva Comunitária 71/305/CEE, do Conselho de 26 de Julho de 1971. Disponível em <http://www.dre.pt>.

Directiva Comunitária 89/440/CEE, do Concelho, de 18 de Julho. Disponível em <http://www.dre.pt>.

Directiva Comunitária 93/37/CE de 14 de Junho de 1993. Disponível em <http://www.dre.pt>.

Directiva n.º 93/37/CE, do Conselho, de 14 de Junho de 1993. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

Directiva n.º 97/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu>.

Directiva Comunitária n.º 2004/17/EC, do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de Março. Disponível em <http://www.dre.pt>.

Directiva Comunitária n.º 2004/18/EC, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu de 31 de Março. Disponível em <http://www.dre.pt>.

Directiva n.º 2005/51/CE, da Comissão, de 7 de Setembro. Disponível em <http://www.dre.pt>

Directiva n.º 2005/75/CE, do Parlamento Europeu e da Comissão de 16 de Novembro. Disponível em <http://www.dre.pt>

Lei n.º 98/97, de 26 de Agosto. Disponível em <http://www.tcontas.pt>.

Portaria de 28 de Abril de 1887. Disponível em <http://www.dre.pt>.

Portaria n.º 701-H/2008 de 29 de Julho no “*Diário da República*”, 1ª série. Disponível em <http://www.dre.pt>.